

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'ACTION EN DÉSAVEU

DE

PATERNITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 26 avril 1900 à 10 heures .

PAR

Ernest GUÉRILLON

Président : M. SALEILLES, professeur.

Suffragants } *MM. MASSIGLI, professeur.*
 } *COLIN, professeur.*

PARIS

MARCHAL & BILLARD

Imprimeurs-éditeurs, libraires de la Cour de Cassation

MAISON PRINCIPALE : PLACE DAUPHINE, 27

SUCCURSALE : RUE SOUFFLOT, 7

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions étoient être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'ACTION EN DÉSAVEU

DE

PATERNITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 26 avril 1900 à 10 heures.

PAR

Ernest GUÉRILLON

Président : M. SALEILLES, professeur.

Suffragants } MM. MASSIGLI, *professeur.*
COLIN, *professeur.*



PARIS

MARCHAL & BILLARD

Imprimeurs-éditeurs, libraires de la Cour de Cassation

MAISON PRINCIPALE : PLACE DAUPHINE, 27

SUCCURSALE : RUE SOUFFLOT, 7

1900

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES SŒURS

DE L'ACTION EN DÉSAYEU

DE PATERNITÉ

INTRODUCTION

Tout individu en naissant acquiert un état dont la qualité dépend de la condition de ses auteurs. Sont-ils unis par un mariage contracté légalement, l'enfant auquel ils donnent le jour est légitime ; au contraire vivent-ils en concubinage, l'enfant est illégitime. La situation qui lui est faite dans les deux cas est bien différente. Dans le premier cas la loi lui accorde toutes ses faveurs : il a droit à une place dans la famille de son père et dans celle de sa mère et devient l'héritier éventuel de chacun de ses membres. Dans le second, il n'a plus de famille, ou du moins s'il en a une, ce qui suppose une reconnaissance volontaire ou forcée, elle s'arrête à ses auteurs. Les parents de ceux-ci lui sont étrangers. En outre, les droits auxquels il peut prétendre à la succession de ses père et mère

sont largement diminués. Encore faut-il, pour que sa position ne soit pire, que la faute qui entache sa naissance ne soit pas doublée d'un adultère ou d'un inceste, car alors son isolement est complet puisqu'il ne peut se rattacher la plupart du temps même à ceux dont il est issu. Au surplus, les avantages pécuniaires qu'il est en droit de tirer d'une constatation de sa filiation dans les cas extraordinaires où elle est faite par la force des choses, se réduisent au strict nécessaire pour vivre, (art. 764).

Il importe donc de savoir si tel individu fait ou non partie de telle famille et c'est là ce qu'on nomme des questions d'état qui sont sanctionnées par des actions, comme les questions du patrimoine.

Les actions qui protègent l'état des personnes, si on l'envisage seulement dans ses rapports de filiation, se divisent en deux classes suivant qu'il est l'objet d'une réclamation ou d'une contestation. Nous laisserons de côté la première.

Les actions en contestation d'état se subdivisent elles-mêmes en trois branches : ou bien elles s'attaquent directement à la filiation maternelle et donnent lieu à une action en contestation d'état proprement dite, ou elles visent à combattre la légitimité sans que la paternité ne soit mise en cause d'une façon principale et alors forment ce qu'on appelle une action en contestation de légitimité

stricto sensu, ou enfin elles ont pour but d'établir qu'un enfant né d'une femme mariée n'a pas pour père le mari de sa mère et c'est d'une action en désaveu qu'il s'agit.

Le désaveu de paternité que nous nous proposons d'étudier, est à bien dire une dénégation judiciaire de paternité. Sa fin est double vis-à-vis de l'enfant qui, s'il vient à succomber, sera déclaré étranger au mari de sa mère et conséquemment illégitime.

Mais il faut se garder de le confondre avec l'action en contestation de légitimité dont il se sépare grandement. Celle-ci est dirigée contre un individu qui n'appartient pas au mariage parce que la date de sa conception lui est postérieure. En l'exerçant, on ne prétend pas le priver du père dont il se dit issu, on se borne à soutenir que le mariage n'existait plus quand il a été engendré. Elle est la propriété de tout intéressé, restant soumise au droit commun à défaut de texte dérogatoire. Enfin aucune prescription ne lui est applicable, puisqu'en principe l'état des personnes est perpétuel et ne saurait se prescrire, si du moins on fait abstraction des intérêts pécuniaires qui s'y joignent et qui, eux, sont essentiellement prescriptibles.

Au contraire l'action en désaveu, indépendamment de la différence de but que nous avons déjà mise en lumière, et précisément parce qu'elle est

destinée à détruire une présomption d'ordre éminentement social de tous les pays et de tous les temps qui veut que l'enfant né sous les auspices du mariage ait pour père l'époux de sa mère, forme le privilège d'un très petit nombre d'intéressés, du mari tant qu'il vit, de ses héritiers après sa mort, doit être intentée dans un délai très bref sous peine de déchéance et finalement est subordonnée à des causes limitativement déterminées.

Avant de nous consacrer à l'examen spécial de cette voie de droit, il est indispensable de savoir contre qui elle peut être dirigée. Nous aurons donc à rechercher préalablement, à quels signes on reconnaît un enfant légitime, à l'aide de quels moyens il est permis de le dire fils de tel père.

Il nous a paru inutile de rappeler dans un préliminaire les dispositions du droit romain et de notre ancien droit français sur la matière du désaveu, parce que cette étude a déjà été faite amplement dans plusieurs thèses et qu'elle offre un intérêt purement historique ; nous nous contenterons de les indiquer par relation avec celles du code civil.

En revanche, nous nous sommes proposé la tâche de présenter à la fin de ce travail un tableau général des législations étrangères qui fera mieux apprécier par comparaison, la valeur de notre loi nationale sur le sujet.

CHAPITRE I

Présomption : « Pater is est quem nuptiæ demonstrant ».

L'enfant qui se prétend légitime a deux choses à prouver, à savoir qu'il est né d'une femme mariée et qu'il a pour auteur le mari de cette femme. La première preuve est facile car elle repose sur des faits matériels : le mariage et l'accouchement. La deuxième au contraire offre une plus grande difficulté qui tient au mystère dont la conception est entourée. Ici on ne trouve aucun fait susceptible d'être constaté par les sens et, comme disait Lahary au corps législatif, « la nature sur ce point n'a fait même à la femme que des demi-confidences ». A défaut d'une certitude fournie par l'observation, il a fallu se contenter de probabilités en partant d'un fait connu pour aboutir à un fait inconnu, et à cet effet recourir à des présomptions. Ainsi s'explique le principe emprunté à la loi romaine (1), que promulgue l'article 312. « L'enfant

1. Loi 5. V. Dig. « *de in jus vocando* » « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ».

conçu pendant le mariage a pour père le mari », principe d'une sagesse éternelle et universelle, puisqu'il a été adopté par tous les peuples civilisés. « Chez les peuples bien policés, disait Montesquieu (1), le père est celui que les lois par la cérémonie du mariage ont déclaré devoir être tel parce qu'elles trouvent en lui la personne qu'elles cherchent ».

SECTION I. — *Fondement de la présomption.*

Pour justifier la présomption : « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* » on dit généralement que l'adultère de la femme ne doit pas se présumer, qu'il faut en faire abstraction à cause de sa rareté, qu'autrement ce serait faire injure à la dignité du mariage. A notre sens, cette raison ne suffit pas. Sans doute le fait ordinaire est la fidélité de l'épouse, mais quand bien même son adultère serait prouvé, la présomption de paternité ne tomberait pas. L'art. 313 exige quelque chose de plus, notamment le recel de la naissance de l'enfant. La nécessité de la parenté consanguine, sans laquelle il n'y a pas de famille, constitue le vrai fondement de la présomption. Puisque la nature

1. Montesquieu. *Esprit des Lois*, liv. XIII. Chap. 2.

ne permet pas de découvrir cette parenté, c'était au mariage que revenait l'honneur de la revendiquer.

Pourquoi en matière de filiation naturelle n'a-t-on pas posé une règle semblable, pourquoi n'a-t-on pas dit : L'enfant conçu pendant le concubinat a pour père le concubin. C'est parce que l'état de deux personnes qui vivent ensemble sans être mariées, est une cause de désagrégation sociale et que la connaissance de la paternité ne s'impose plus avec la même force.

SECTION II. — *Fonctionnement de la présomption.*

La mise en œuvre de la présomption qui donne un père à l'individu conçu pendant le mariage suppose connue la date de la conception. Mais comment l'établir ? Rien ne serait plus facile si les gestations avaient une durée invariable de deux cents jours par exemple. Le moment qui précéderait le premier jour de ce laps de temps, à compter de la naissance de l'enfant, serait celui de la conception. Malheureusement la nature a ses caprices et la durée des grossesses subit des variations considérables dues à mille circonstances. Que devait-on faire en présence de cette nouvelle difficulté ? Fallait-il laisser aux tribunaux le soin d'apprécier

dans chaque espèce le temps qu'avait pu passer l'enfant dans le sein de sa mère ? Le législateur de 1804 frappé, sans doute, des décisions fantastiques de nos Parlements, n'a pas voulu suivre les errements de notre ancien droit et a pris le meilleur parti possible en fixant lui-même, d'après les données fournies par la science, un délai minimum et un délai maximum applicables à toutes les gestations dans l'intervalle desquels la date de la conception doit se placer nécessairement. Ces délais extrêmes, après avoir été d'abord portés à la suite du rapport fait au conseil d'Etat par le savant Fourcroy, à 186 jours pour les grossesses les plus courtes et à 286 pour les plus longues, furent modifiés dans l'intérêt de la légitimité et définitivement fixés à 180 et 300 jours.

Il en résulte que l'enfant est réputé conçu entre le 300^e et le 180^e jour avant sa naissance. Et comme il eût été vraiment dur d'exiger, pour que la présomption « *Pater is est...* » lui fût appliquée, que le mariage eût duré pendant les 120 jours de la période de conception, la loi a décidé qu'il serait suffisant que celui-ci ait existé, ne fut-ce qu'un jour de ce laps de temps. En conséquence, l'enfant né plus de 179 jours à dater de la célébration du mariage, soit le 180^e, ou moins de 300 jours après la dissolution, soit le 299^e, bénéficie de la maxime qui lui donne pour père le mari de sa mère.

SECTION III. — *Mode de computation des délais.*

Comment faut-il calculer les délais dont on vient de parler? Est-ce de *momento ad momentum*, c'est-à-dire d'heure à heure, ou de *die ad diem* c'est-à-dire par intervalles pleins de vingt-quatre heures?

Jusqu'en 1869 la question a été résolue dans le premier sens par la jurisprudence qui pouvait invoquer à l'appui de son système l'autorité de nombreux auteurs, notamment de M. Laurent qui, dans le but de trancher la controverse dans son pays, a proposé dans son avant-projet de révision du code civil belge un texte édictant la supputation par heures (art. 279).

Pour éviter l'application de l'art. 2260 relatif à la prescription qui impose l'obligation de compter par jours et non par heures, on dit qu'il n'y a aucune analogie entre la durée du fait de possession et celle des gestations. En matière de prescription il est impossible de préciser l'instant où a commencé la possession, au contraire il est facile de connaître le moment exact où se sont passés les évènements qui servent de point initial ou final à la supputation des délais de gestation. D'une part, en effet, la loi prescrit d'énoncer l'heure de la célébration du mariage et de la naissance

dans les actes de l'état civil, d'autre part, le décès d'une personne a souvent lieu en présence de nombreux témoins.

La cour suprême, dans un arrêt du 8 février 1869 a fait justice de cette erreur en décidant, pour l'hypothèse qui lui était soumise et que nous rapportons plus loin, que le calcul devait se faire de *die ad diem* parce qu'en droit commun les délais civils se comptent ainsi. « Attendu, disent les motifs, que dans le langage du droit comme dans l'acception usuelle, le mot jour quand il désigne une division du temps ne s'entend que de cet intervalle de vingt-quatre heures qui, compris entre deux minuits, se distingue par son nom dans la semaine et par son quantième dans le mois, et c'est là ce qui constitue le jour civil, et que c'est une règle générale et constante de déterminer par un nombre de jours ainsi définis tous les délais qui se composent d'un certain nombre de jours ».

A cette question se rattache une autre plus importante et dont la solution dépend de celle qui lui échoit.

Faut-il tenir compte ou non des quelques heures qui ordinairement sépareront l'évènement *a quo* ou *ad quem* du premier ou du dernier minuit, ou pour parler le langage classique, doit-on comprendre dans le calcul des 180 et des 300 jours le *dies a quo* et le *dies ad quem* ?

Prenons d'abord le *dies a quo*.

Dans l'opinion qui accepte la supputation de *horâ ad horam* on est amené à compter le *dies a quo*, si on examine les textes d'une façon superficielle. En effet l'article 312 alinéa 2 qui vise à la fois les délais de la gestation la plus longue et ceux de la plus courte, porte : « Néanmoins celui-ci (le mari) pourra désavouer l'enfant s'il prouve que pendant le temps qui a couru pendant le 300^e jusqu'au 180^e jour *avant la naissance* de cet enfant.... » S'il entendait que le *dies a quo* fût exclu, il aurait dû dire, semble-t-il «... jusqu'au 180^e jour avant *celui* de la naissance. Le même raisonnement est à faire pour les articles 314 et 315. L'un aurait dû s'exprimer ainsi : « L'enfant né avant le 180^e jour à dater de *celui* du mariage.., » et l'autre : « La légitimité de l'enfant né trois cents jours après *celui* de la dissolution du mariage pourra être contestée. »

A cette raison de texte on ajoute une considération tirée de la logique : la conception, dit-on, devient possible aussitôt après la célébration du mariage et cesse de l'être immédiatement après la dissolution arrivée par la mort de l'époux ou de l'épouse, dès lors il est rationnel de faire courir les délais à partir du moment exact où ces faits se sont accomplis.

Ces arguments tombent par déduction forcée de

la solution que nous avons donnée au problème précédent.

Puisque le mot jour s'entend d'un intervalle de vingt-quatre heures compris entre deux minuits, il en résulte qu'il faut dans le calcul des délais faire abstraction des quelques heures qui ont séparé l'évènement *a quo* du premier minuit qui l'a suivi.

C'est le motif que produit la cour de cassation à l'appui de l'arrêt précité. « Attendu, dit-elle, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du nombre des heures qui ont pu s'écouler depuis l'évènement jusqu'à l'expiration de ce même jour ; que ce nombre d'heures quel qu'il soit ne forme pas en effet un jour civil complet et que le délai légal ne se constitue que par 180 ou 300 jours civils entièrement et pleinement révolus (1) ».

Voici au surplus l'espèce qu'avait à juger la cour et qui met en pleine lumière tout l'intérêt du débat.

Un homme marié était mort le 19 mars 1866 à deux heures du matin. Sa veuve avait accouché d'un enfant le 13 janvier 1867 à 8 heures et demie du matin. Il s'agissait de savoir si l'action en contestation de légitimité dirigée contre lui était recevable sur le fondement que la conception avait

1. V. aussi Orléans, 3 juin 1869. Dall. 74, 5, 269.

été postérieure au mariage. Eh bien si les juges n'avaient pas exclu du calcul les vingt-deux heures qui s'étaient écoulées depuis le décès jusqu'au minuit suivant, l'enfant aurait dû être déclaré par eux illégitime conformément à l'art. 315, comme étant né plus de 300 jours (le 301^e) après la rupture du mariage.

Avec la signification qu'attribue la jurisprudence au mot jour employé par les art. 312, al. 2, 314 et 315, ces textes se concilient parfaitement avec l'opinion qui néglige le *dies a quo*. Le sens qu'ils expriment est celui-ci : « L'enfant né avant 179 jours complets à partir du mariage ne pourra être désavoué ». « La légitimité de l'enfant né trois cents jours francs après la dissolution du mariage pourra être contestée. »

Une dernière opinion (1) prend pour base l'intérêt de la légitimité et distingue suivant qu'il s'agit de calculer les 180 jours qui forment le terme minimum des gestations ou les 300 qui en forment le terme maximum. Dans le premier calcul, elle compte le jour de la célébration du mariage et dans le second, elle exclut celui de la dissolution.

Certes, si nous avons à opter entre ce système et celui que nous avons exposé en premier lieu, nous préférons l'avis de M. Marcadé qui a au

1. Marcadé. Exp. sur l'art. 312.

moins pour avantage d'être favorable à l'enfant. Mais l'art. 312 le condamne aussi formellement en disant que la conception doit se placer nécessairement dans le temps qui a couru depuis le 300^e jusqu'au 180^e jour avant la naissance, et par suite en obligeant à calculer d'une manière identique le délai de la gestation la plus courte et celui de la gestation la plus longue. En présence de ce texte, il faut adopter un mode de supputation uniforme dans les deux cas.

Nous avons déjà fait pressentir que nous nous rangions du côté de la jurisprudence. Dans le calcul de *die ad diem*, l'adage : « *Dies a quo non computatur in termino* » est de rigueur à moins que la loi n'y déroge expressément. En raison d'ailleurs, une fraction de jour ne peut compter pour un jour entier et les termes d'une disposition légale doivent être pris dans leur acception logique.

Quant au *dies ad quem*, le problème ne peut se poser que pour la gestation la plus longue, l'art. 314 le comprenant manifestement dans le calcul du délai de la gestation la plus courte. Ce texte dit en effet : « L'enfant né avant le 180^e jour du mariage » et non pas « l'enfant né avant 180 jours du mariage... » L'hypothèse de l'art. 315 comporte la même solution. Le jour de la naissance appartient tout entier à l'enfant ; s'il naît le 300^e jour à dater de la dissolution du mariage, il est légitime.

En dernière analyse, le délai minimum est donc de 179 jours pleins plus la fraction du jour dans lequel l'accouchement a eu lieu, et le délai maximum, de 299 jours pleins, plus la fraction du jour de la naissance. Donc l'enfant qui naît le 180. jour à dater de la célébration du mariage et non compris celui où elle a eu lieu est conçu pendant le mariage et jouit de la présomption : *Pater is est...* ; au contraire il est réputé conçu en dehors du mariage et est illigitime s'il ne vient au monde que le 301. jour à partir du décès, non compris celui de son arrivée.

On s'est quelquefois demandé si la preuve contraire était admise contre les délais impartis à la durée des gestations, si les tribunaux avaient le pouvoir, sur la foi des constatations de la science médicale, de reconnaître dans un cas donné la possibilité d'une grossesse plus courte ou plus longue. La négative est certaine si l'on s'en tient aux travaux préparatoires de la loi et à l'esprit du code qui a voulu mettre fin aux abus scandaleux qu'avait entraînés l'absence de limites à cet égard dans notre ancienne France. Cette assertion est démontrée jusqu'à l'évidence par la modification que subirent en faveur de la légitimité, les chiffres proposés par Fourcroy dans son rapport.

Nous savons maintenant quand un enfant peut se dire conçu pendant le mariage et réclamer le

bénéfice de la règle qui lui donne pour père le mari de sa mère.

Recherchons dès lors quels sont les individus auxquels s'applique la présomption légale de paternité.

Il y en a de deux sortes ; d'abord et au premier chef celui pour lequel elle a été créée : l'enfant conçu pendant le mariage ; ensuite et par mesure d'extension, mais, comme on le verra, avec une atténuation de la force de la présomption correspondant à cette idée que dans ce cas la probabilité que l'enfant appartient au mari est moins grande : celui qui est né durant le mariage bien que conçu avant.

SECTION IV. — *Enfants auxquels s'applique la présomption : Pater is...*

1^o *Enfant conçu pendant le mariage.* — C'est ici que la présomption de l'article 312 reçoit sa justification la plus complète car c'est dans cette hypothèse que la paternité du mari est la moins douteuse. Par une conséquence toute naturelle, sa force est presque inébranlable. Duveyrier disait de cette présomption au corps législatif : « Elle a la puissance et l'effet de la vérité elle-même ; elle

exerce à sa place une autorité qui approche de la tyrannie ; elle soumet tout à son empire : les accidents ordinaires, les probabilités, les soupçons et même les contradictions apparentes ; elle ne connaît d'autres bornes que les bornes immuables de la nature et de la raison universelle. On n'admet rien contre elle ; on admet tout en sa faveur, tout, excepté l'impossible. »

Nous constaterons bientôt la justesse de ces paroles. Qu'il nous suffise de dire quant à présent, que la foi irréfragable due à sa qualité de présomption *juris et de jure* ne s'attache à elle qu'autant que la filiation maternelle de l'enfant résulte d'un acte de naissance en bonne forme.

2° *Enfant conçu avant le mariage et né pendant.* — Régulièrement la présomption de paternité devrait être réservée à l'enfant dont la conception se place au cours du mariage. Par suite, l'individu né moins de 179 jours pleins après le premier minuit qui a suivi la cérémonie du mariage étant, d'après les règles légales que nous avons exposées et qui ne souffrent pas la preuve contraire, réputé conçu avant cette époque devrait être considéré comme illégitime.

Il semble qu'il en fut ainsi à Rome. Le jurisconsulte Paul ne le déclare légitime que s'il est né dans le septième mois des justes noces « *septimo mense nasci perfectum partum jam re-*

ceptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est eum qui est juxta nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse » Dig. « de statu hominum ». Et cette disposition est confirmée par Ulpien dans son commentaire sur Sabinus : Loi 3 par. fin. Dig. « De suis et legitimis heredibus. » Un autre fragment d'Ulpien achève de nous convaincre en disant : « In his qui jure contracto matrimonio nascuntur *conceptionis tempus spectatur*; in his autem qui non legitime concipiuntur, *editionis* » (Gaius comm. 1 par. 89 et 90). Cet état de choses n'avait pas changé sous Justinien. Pour le soutenir on a invoqué à tort la loi 2 au code « de naturalibus liberis 5,27 » où l'empereur décide *dans un cas spécial, celui de la légitimation par mariage subséquent*, que c'est l'époque de la naissance et non celle de la conception qu'il faut prendre en considération quand il y a des doutes à concevoir sur l'état réel des enfants.

Le droit coutumier français n'étendait pas le bénéfice de la présomption à l'enfant conçu avant le mariage mais comme il n'y avait pas de règles fixes sur la durée des grossesses, il était toujours facile de lui octroyer la légitimité. Les Parlements ont jugé à maintes reprises, qu'une naissance très précoce n'empêchait pas la conception de se placer dans le mariage, surtout si des relations fré-

quentes avaient eu lieu entre les époux avant leur union (1).

Dans le code civil au contraire, nous trouvons une disposition d'où il ressort nettement que l'enfant né pendant le mariage quoique conçu auparavant est, lui aussi, couvert de la maxime : « *Pater is est...* » En effet l'art. 314 dit « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari.... ». Puisqu'il a besoin d'être *désaroué* pour être illégitime, c'est donc qu'il a provisoirement pour père le mari de sa mère. Cette dérogation à l'art. 312 se justifie par cela seul qu'elle sera le plus souvent en harmonie avec les faits. Quand l'enfant naît avant terme il est probable que le mariage a été déterminé par la grossesse. Et comme disait Béranger au conseil d'Etat « cet enfant appartient donc au mariage, car ou il en est la cause ou il a été conçu depuis. » D'ailleurs il n'y avait pas de danger à admettre ici l'extension de la présomption avec le tempérament qu'y met l'art. 314. Le désaveu du mari triomphera bien simplement par le rapprochement des dates de la naissance de l'enfant et de la célébration du mariage, s'il ne s'est pas écoulé entre ces deux moments cent soixante-dix-neuf jours pleins.

1. V. les arrêts cités par Merlin dans son répertoire. *Legitimité*, section 2. par. 1 n^{os} 3 et 4.

Supposons que le mari ne désavoue pas. Sans doute l'enfant jouit du bénéfice de la présomption de paternité. Mais à quel titre, est-ce comme enfant légitime, ou est-ce comme enfant légitimé ?

Un parti important dans la doctrine (1), qui compte en sa faveur un certain nombre d'arrêts, soutient que la filiation paternelle se fixe au moment de la conception parce que c'est le fait de la conception qui rattache le père à l'enfant, et non celui de la naissance qui lui est complètement indépendant. En un mot c'est par une fiction de légitimation que peut s'expliquer la règle de l'art. 314. Il y a eu, dit-on, reconnaissance tacite à la date du mariage, ce qui a suffi pour opérer la légitimation.

Etudions avec la jurisprudence les conséquences qui se déduisent de cette théorie :

1° Toutes les conditions nécessaires à la légitimation doivent être remplies pour que l'enfant né avant le 180^e jour du mariage soit légitime.

Aux termes de l'art. 335 « La reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin ».

Si donc au moment de la conception, les époux étaient sous les liens d'une première union légale,

1. Marcadé, sur l'art. 314. Delvincourt, I, p. 204 et 205. Duranton, III, 20 et 21.

ou bien s'il existait entre eux à cette époque un empêchement de parenté, la légitimité ne saurait être acquise à l'enfant, car l'art. 331 exige, comme condition *sine quâ non* de la légitimation, une reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage, et cette reconnaissance était impossible. Par conséquent toute personne intéressée pourra contester la légitimité sans être obligée de passer par les prescriptions rigoureuses qui gouvernent l'action en désaveu (1) (2).

2° La véracité ou la bonne foi d'une reconnaissance est exposée aux attaques d'un tiers quelconque, pourvu qu'il justifie d'un intérêt (art. 339). Si donc l'enfant dont la conception est antérieure au mariage doit sa qualité d'enfant légitime à l'effet d'une reconnaissance suivie de légitimation, il faut en conclure que son état est susceptible de souffrir la contradiction de n'importe quel intéressé : Ce qui revient à dire que la présomption *Pater is est...* est inapplicable à un tel individu puisque ce n'est pas une action en désaveu qu'on doit diriger contre lui, mais une action en contestation de légitimité (3).

1. Cassat. 28 juin 1869. Lyon 6 avril 1870. Dijon 31 mars 1870.

2. Toutefois d'après la jurisprudence la légitimation de l'enfant incestueux serait possible si l'empêchement de parenté était tel qu'il put être levé au moyen de dispenses.

3. Toulouse, 13 mars 1845. Paris, 23 juillet 1853. Cass. 10 fév. 1847.

Tout nous semble conspirer à la fois contre l'acceptation d'un pareil système.

D'un côté, les rédacteurs du code ont exprimé l'idée que l'état des personnes était fixé par leur naissance et non par leur conception. « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre. L'enfant conçu avant le mariage et né après est légitime si le père ne réclame pas », disait Regnault de Saint-Jean-d'Angely au Conseil d'Etat.

D'autre côté, l'art. 331 réserve la légitimation aux enfants nés hors mariage et la rubrique du chapitre 1^{er}, sous laquelle est inscrit l'art. 314, porte : « De la filiation des enfants légitimes ou *nés dans le mariage* : elle assimile donc les enfants nés durant le mariage aux enfants légitimes.

Enfin l'opinion que nous venons d'énoncer trouve sa condamnation irrévocable dans l'art. 314 lui-même. Le mot « désavoué » s'appliquant à l'enfant dont il s'agit, y est écrit en toutes lettres. Or qui peut désavouer ? Seuls le mari ou ses héritiers s'il est mort. D'où l'action en contestation de légitimité est irrecevable dans l'espèce, n'étant plus l'apanage exclusif de ces intéressés.

Le système adverse que nous adoptons n'oblige pas à admettre la légitimité même si la conception a été le fruit d'un commerce incestueux ou adultérin entre les auteurs de l'enfant. Les arrêts qui

le consacrent (1) ont eu tort de penser que c'était là une de ses conséquences forcées. On lit dans leurs motifs que : « l'enfant conçu avant la célébration, mais né dans le mariage est réputé légitime *même alors* que la conception se placerait à une époque où le père se trouvait encore engagé dans les liens d'une précédente union » ou encore que « quelque puisse être la gravité des circonstances alléguées par les intéressés pour détruire l'autorité de la reconnaissance qui leur préjudicie, un intérêt supérieur veut que de pareilles recherches soient interdites ». Poitiers, 19 juillet 1875.

Il y a ici une erreur. C'est par une fiction que l'enfant conçu avant le mariage est réputé légitime, une fiction de légitimité par laquelle on suppose que les père et mère étaient mariés à l'époque de la conception. Mais encore est-il que cette fiction doit correspondre à une possibilité. Or, si un empêchement absolu, dirimant, existant au moment de la conception se fût opposé inéluctablement au mariage actuel des auteurs, l'enfant naîtrait illégitime, la fiction ne pouvant s'accomplir, et tout intéressé serait en droit de lui contester sa légitimité.

Mais l'intérêt de la controverse ne disparaît pas pour cela.

1. Chambéry 15 juin 1869. Poitiers, 19 juillet 1875, *sic Demolombe*. V. 57 à 63.

Suivant qu'on adopte l'une ou l'autre des théories que nous exposons, on fait intervenir ou on exclut l'article 339. Prenons un exemple fourni par la jurisprudence.

Un individu n'ayant pas d'enfants fait une donation importante à un tiers. Regrettant sa libéralité, il cherche un moyen de la révoquer et à cette fin se marie avec une femme en état de grossesse. L'enfant naît pendant le mariage. Le donataire peut-il contester la légitimité de l'enfant dont la naissance le prive *ipso jure* de la donation qui lui a été adressée ? (960). Oui, si on regarde l'enfant comme légitimé, car la reconnaissance dont il a été l'objet est frauduleuse. Non, s'il est regardé comme légitime, car alors il n'est passible que du désaveu, et l'action en désaveu n'appartient qu'au mari tant qu'il vit (2).

Il est d'ailleurs bien certain que, quelque opinion que l'on se fasse sur cette importante question, la légitimité ne remonte pas au-delà du jour où le mariage a été célébré. Par suite l'enfant ne peut prétendre aux successions qui se sont ouvertes dans la période intermédiaire de sa conception et du mariage de ses auteurs. L'effet ne saurait précéder la cause, en outre il n'est pas permis de porter atteinte aux droits acquis des tiers.

1. *Sic.* Aubry et Rau.

2. Bordeaux, 10 avril 1843.

SECTION V. — *Enfants auxquels la présomption de paternité est étrangère.*

1° *Enfant conçu après la dissolution du mariage.* — L'enfant qui naît plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, de quelque manière qu'elle se produise, n'est plus couvert de la présomption de paternité. Toutefois la loi ne le déclare pas illégitime de plein droit et Duveyrier nous en explique la raison dans son discours au corps législatif. « Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime et mis au nombre des enfants naturels ? Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre ».

Ainsi une action en désaveu n'est pas nécessaire pour faire reconnaître son illégitimité, une simple action en contestation de légitimité suffit. Est-il établi, et cela sur la demande de n'importe quel intéressé, que la période légale de conception est postérieure au mariage, l'illégitimité *doit* être prononcée par les juges. La faculté qu'évoque le mot « pourra » de l'art. 315 porte sur l'intro-

duction de la demande et non sur le pouvoir des tribunaux (1).

2° *Enfant conçu après l'absence du mari.*

— Un homme a quitté son domicile et les siens depuis nombre d'années. Jamais il n'a donné de ses nouvelles, on ne sait où il est, on ignore même s'il vit encore. Sa femme met au monde un enfant dix ou vingt ans après sa disparition. Il est bien évident que celui-ci n'a pas été conçu des œuvres du mari, qu'il doit le jour à un adultère. En bonne législation et morale, le nouveau-né devrait être assimilé à l'enfant né plus de trois cents jours après la cessation du mariage. N'y a-t-il pas scandale à faire entrer dans une famille celui qui manifestement, indubitablement, y est étranger?

Quelle est la solution du code à ce sujet?

Un point certain, c'est que l'absence, même déclarée, ne rompt pas le mariage : l'art. 139 réserve en effet à l'époux absent ou à son fondé de pouvoirs l'action en nullité opposable au second mariage de l'époux présent.

Mais, si la rupture de l'union au moment de la conception est incertaine à défaut de production d'un acte de décès régulier, son maintien à cette époque ne l'est pas moins puisque le doute plane sur l'existence de l'absent pendant toute la durée

1. Aubry, et Rau t. 6, par. 545 note 39. Demolombe t. 5, n° 86. V. cep. Limoges, 18 juin 1840. Sir. 40-2-509.

de l'absence. Ne faut-il pas en conclure que l'art. 312 ne peut être invoqué par l'enfant né plus de trois cents jours après les dernières nouvelles du mari ?

C'est l'avis de la plupart des auteurs (1). En effet, dit-on, celui qui se prévaut d'une présomption érigée par la loi doit établir préalablement les faits sur lesquels elle repose. La règle « *Incumbit actori probatio* » le veut ainsi. Or, quelle est la condition requise à l'effet d'invoquer la présomption : *Pater is est*... ? Il faut que la conception se place durant le mariage. L'enfant dont il s'agit est incapable d'établir la preuve de la réalisation de cette condition et par suite n'est pas fondé à s'appliquer le bénéfice de la présomption. Etant illégitime, il n'a pas besoin d'être désavoué, l'action en contestation de légitimité milite contre lui.

Ce raisonnement pèche, selon nous, parce qu'il embrasse trop. Il confond deux hypothèses qu'il est indispensable de séparer pour ne pas faire une fausse application du principe qui met la preuve à la charge du demandeur.

Si l'enfant n'a pas un acte de naissance qui lui attribue pour père le mari de sa mère, on est en

1. Laurent. *Principes de droit civil*, t. 2, n° 150. Aubry et Rau, t. 1, par. 159, p. 636. Demolombe, t. 2, n° 268.

droit d'exiger la preuve des faits qui constituent sa légitimité prétendue.

Par contre et à l'inverse, s'il est en mesure de présenter un titre qui désigne le mari de sa mère, il est en possession de la légitimité et c'est à ceux qui la lui contestent d'établir que la filiation dont il est revêtu est mensongère.

C'est ce qu'ont décidé la Cour de Douai le 18 novembre 1861, et la Cour de Cassation (1) par deux arrêts dont le dernier confirme le premier. « Attendu, dit la cour suprême, que l'absent même après que son absence a été déclarée, n'est réputé ni mort ni vivant, que c'est à celui qui fonde sa demande sur la vie ou la mort de l'absent qu'il appartient de rapporter la preuve de ce fait ». Et elle ajoute dans un autre motif que les défendeurs ayant été inscrits sur les registres de l'état civil comme enfants de l'absent et ayant une possession d'état conforme à leur acte de naissance, c'est au demandeur à faire la preuve de leur illégitimité.

Les auteurs précités croient trouver dans l'art. 120 la condamnation du système de la jurisprudence. D'après ce texte, n'ont droit à l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent que « les héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ». L'enfant dont

1. Douai 18 novembre 1861, Dall. 62. 2. 25, Cass. 15 décembre, 1863, Dall. 64. 1. 153.

l'état est discuté présentement, n'était pas conçu lors de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent et conséquemment n'est pas héritier présomptif au sens de la loi ; il ne peut se faire envoyer en possession provisoire des biens du mari en concours avec les autres intéressés où à leur exclusion. Cette incapacité n'est-elle pas un argument sérieux pour soutenir que le législateur n'a pas voulu placer l'enfant sous l'égide de la présomption énoncée en l'article 312 ? Et n'y aurait-il pas contradiction flagrante à lui accorder le droit de se présenter à la succession de sa mère ou d'un collatéral, quand on lui refuse l'envoi en possession des biens du mari. L'indivisibilité de l'état est un principe qui ne saurait recevoir d'échec de la loi elle-même, la légitimité ou l'illégitimité doit exister par rapport aux deux auteurs à la fois et ne peut se scinder pour être vis-à-vis de l'un et ne pas être vis-à-vis de l'autre.

Il est reçu en doctrine et en jurisprudence que les individus non conçus à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent ne sont pas héritiers présomptifs et partant, sont exclus de l'envoi en possession de ses biens. Mais il n'en résulte pas une contradiction avec l'opinion que nous venons d'émettre, au contraire.

Il est déraisonnable de supposer pour la même personne, à la fois l'absent vivant et l'absent mort à

une date déterminée, pour le plus grand bien de ses intérêts. Le code en donnant l'envoi en possession provisoire aux héritiers présomptifs s'est placé dans l'hypothèse d'une mort actuelle. Or, d'une part ranger l'enfant au nombre de ces héritiers présomptifs, c'eût été supposer vis-à-vis de lui le décès de l'absent au moment de sa disparition. D'autre part, tenir l'enfant dont la conception est postérieure à cette disparition pour conçu pendant le mariage, c'eût été considérer l'absent comme existant encore après cette date. En définitive, la loi en regardant l'enfant comme légitime ne pouvait logiquement lui laisser la faculté d'exercer, parmi les avantages attachés à la légitimité, ceux qui sont destructifs de cette qualité.

Concluons donc que l'individu dont la filiation paternelle est établie par un acte de naissance que ne contredit pas sa possession d'état, est légitime, bien qu'il soit né plus de trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles du père. Une action en désaveu est nécessaire pour le priver de ses droits. Il lui est donc loisible jusque-là de réclamer les successions auxquelles il est appelé en sa qualité de parent légitime, notamment celle de sa mère, qu'il y ait ou non des enfants conçus avant la disparition.

Nous examinerons ultérieurement qui sera reçu à intenter le désaveu.

SECTION VI. — *Conflit de présomptions.*

Il peut arriver qu'on se trouve en présence de deux présomptions dont l'application simultanée conduit à une impossibilité.

Une femme veuve ou divorcée contrevenant aux dispositions prohibitives des articles 228 et 296 se remarie avant l'expiration des dix mois de viduité, par exemple soixante jours après la dissolution de sa première union, et devient mère dans le septième mois qui a suivi son convol en secondes noces. L'enfant est donc né plus de 179 jours complets après la célébration du nouveau mariage et moins de 300 depuis la cessation de l'ancien, sa conception se place dans l'un et l'autre mariage, on ne peut pourtant pas raisonnablement lui donner pour pères l'un et l'autre mari.

Comment sortir de la difficulté ?

Nous croyons qu'il faut laisser aux tribunaux le pouvoir d'apprécier lequel des deux maris est le véritable père.

M. Demolombe préfère donner à l'enfant le second mari pour père parce qu'il est né au cours du deuxième mariage. « C'est dit-il une nouvelle présomption qu'il appartient à ce mariage ». Le savant auteur ajoute que cette solution est plus morale :

le père a commis une faute en épousant une femme qui n'avait pas achevé le délai de viduité établi dans le but d'éviter une confusion de part. Qu'il ne se plaigne pas d'en supporter les responsabilités.

Ces considérations ne suffisent pas pour faire changer notre opinion. La vérité est que les présomptions des articles 314 et 315 étant d'une égale force et ne pouvant concourir s'annulent réciproquement. Il ne reste plus de données légales pour trancher la difficulté et par suite c'est une question de fait qu'on a à résoudre (1).

Terminons ce chapitre en disant qu'une reconnaissance émanant d'un tiers ne serait pas de nature à détruire la présomption qui résulte du mariage, fût-elle suivie de légitimation.

Aucun doute ne peut s'élever sur la vérité de cette proposition lorsque le mariage a duré pendant toute la période légale de conception. Dans ce cas la déclaration du prétendu père est nulle et doit être effacée en tant que constatant une filiation adultérine art. 335 (2) (3).

Au contraire, on a prétendu que la reconnaissance faite par un individu autre que le mari à

1. *Cours de droit civil*, de M. Beudant, année 1896.

2. Cass. 1^{er} février, 1876, D. 76-1-323.

3. Nous supposons, bien entendu, que l'acte de naissance indique la mère de l'enfant.

l'égard d'un enfant né par exemple le cent quatre-vingtième jour du mariage ou le trois centième à dater de la dissolution ne pouvait être contestée sur le seul fondement des présomptions établies par les art. 312 et 313, que cet enfant était en droit de reporter sa conception au moment qu'il jugerait le plus favorable à ses intérêts (1).

Nous pensons qu'il y a là une erreur, par la raison que la présomption inscrite en l'art. 312 l'emporte sur celle qui ressort de la reconnaissance faite par un tiers. La légitimité ne peut dépendre de la volonté des parties. Il n'y a pas que leur intérêt à considérer, il y a aussi et surtout l'intérêt de la société qui est plus fort et qui doit prévaloir (2).

1. Aubry et Rau. Cass. 23 novembre, 1842.

2. Paris, 16 juillet 1839.

CHAPITRE II

Action en désaveu (1).

Nous avons vu en faveur de quels enfants la loi avait érigé la maxime. « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ». Mais cette règle ne forme qu'une présomption, la preuve qui en résulte est vraisemblable, mais elle n'est pas toujours vraie. Son degré d'autorité varie beaucoup, suivant qu'elle concerne un enfant conçu pendant le mariage, ou suivant qu'elle s'applique à un individu seulement né après la célébration de l'union des époux mais conçu auparavant. Dans le deuxième cas comme il est moins probable que le mari soit le père, il est plus facile de renverser la présomption.

1. Nous croyons que le pouvoir de désavouer existait déjà à Rome. Tout le titre du Digeste « *de agnoscendis liberis* » le prouve, notamment la loi I, p. 15, *in fine* où il est dit que le mari « *poterit filium recusare* ». Un texte d'Ulpien cite plusieurs cas de désaveu. Loi 6 « *De his qui sui vel alieni* » Dig.

Il n'y a pas dans notre ancien droit de dispositions spéciales sur le désaveu. Les règles romaines y étaient en vigueur sauf quelques modifications. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 18, n° 14. Voir aussi les arrêts rapportés par Merlin. *Légitimité*, section, 2 par. 2.

D'où la nécessité de distinguer deux hypothèses dans lesquelles le désaveu est possible.

Dès à présent, faisons nos réserves pour une situation particulière : celle de l'enfant qui n'a pas sa filiation maternelle établie par un acte de naissance. La présomption qui milite en sa faveur est alors considérablement affaiblie. Pour la détruire, l'action en désaveu fait place à une autre voie de droit analogue à l'action en contestation de légitimité.

C'est dans un appendice à ce chapitre que nous étudierons ce cas spécial.

§ 1. — *Causes de désaveu.*

Première hypothèse. — L'enfant a été conçu pendant le mariage.

Quelque nécessaire et conséquemment quelque puissante que dût être la règle éminemment morale qui attribue pour père à l'enfant conçu pendant le mariage le mari de sa mère, on ne pouvait lui donner le caractère d'infailibilité ; il est en effet des circonstances de la vie où elle se trouve trop démentie par les faits pour résister encore à toute attaque. Dans le choix de ces circonstances, la loi avait à éviter un écueil. Elle ne devait pas se laisser entraîner par des apparences trompeuses et permettre de renverser à l'aide de

moyens faciles et douteux l'un des principaux fondements de la société.

Le code a admis deux causes de désaveu : l'impossibilité physique de cohabitation, et l'adultère de la femme renforcé de certains éléments. La loi du 6 décembre 1850 en a introduit une troisième motivée par la séparation de corps des époux.

Du moment que le mari et la femme n'ont pu cohabiter ensemble pendant toute la période légale de conception, il devient certain que l'enfant est le fruit des relations de sa mère avec un étranger. On exige, pour ne pas faire dépendre une question si importante de l'appréciation plus ou moins sûre des tribunaux, que la cohabitation eût été physiquement impossible, et que cette impossibilité ait résulté de l'éloignement des époux ou d'un accident. L'art. 312, al. 2, dit en effet :

« Néanmoins celui-ci (le mari) pourra désavouer l'enfant s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ».

Est-il vrai, comme le décide la jurisprudence (1), que le sens du mot éloignement et la mesure qu'il

1. V. les motifs d'un arrêt de la Cour d'Alger du 12 novembre 1866. *Dall.* 67. 2. 126.

comporte n'ont pas été définis par le législateur lui-même et demeurent une question de fait ? La pensée de celui-ci, telle qu'elle se révèle à la lecture du texte précité, est contraire à cette manière de voir. C'est donner une définition que de dire que l'éloignement doit être tel qu'il ait produit une *impossibilité matérielle, absolue*, de cohabitation. Ah sans doute, il n'est pas nécessaire que les époux aient été séparés par un espace qu'on ne pourrait franchir dans le temps des cent vingt jours où la conception a été possible. De nos jours, la facilité et la rapidité des communications aboutirait en fait, si l'on devait adopter cette interprétation, à la suppression du désaveu pour cause d'impossibilité physique de cohabitation. Mais il faut que le rapprochement des époux n'ait pu se faire d'un moment à l'autre. Et il ne suffirait pas, comme Demante l'enseigne, de prouver par témoins que le mari et la femme ont constamment résidé à une certaine distance l'un de l'autre.

L'internement dans une prison ou dans un asile d'aliénés doit être assimilé à l'éloignement pourvu qu'il n'ait été fourni aux époux aucune occasion de se réunir.

La mise en œuvre de l'idée d'après laquelle les caractères de l'éloignement, en tant qu'il peut donner lieu au désaveu, n'auraient pas été fixés par

la loi, et qu'on trouve nettement exprimée dans les motifs d'un arrêt de la cour d'Alger du 12 novembre 1866, a entraîné la jurisprudence dans une voie dangereuse. Elle a décidé à plusieurs reprises que le désaveu était admissible pour cause d'internement du mari, alors même qu'il était reconnu que celui-ci avait eu une entrevue avec sa femme à une certaine date de la période légale de conception (1).

Bien plus, on rencontre des arrêts où des impossibilités de l'ordre moral ont été jointes à des impossibilités de l'ordre physique et ont achevé la conviction des juges. C'est ainsi qu'on lit dans les motifs d'une décision de la cour de Montpellier (2). « Attendu que d'ailleurs les circonstances morales tenant à la situation réciproque des deux époux, soit avant, soit après la conception de l'enfant viennent en aide à l'action en désaveu et lui prêtent le plus puissant appui ».

Rien n'autorise un tel laisser aller, ni la tradition (3), ni les termes de la loi, ni les travaux préparatoires du code. Duvergier disait que sans doute la prison pouvait constituer l'éloignement dans le sens de l'art. 312, mais « pourvu que la

1. Paris, 5 mars, 1853. Cass. 5 juillet 1889. D. 90, 1. 377.

2. 9 Décembre 1856.

3. Voir arrêt du 15 juin 1693, affaire de Vinantes et plaidoyer de d'Aguesseau, rapp. par Merlin.

séparation ait été tellement exacte et continuelle qu'au temps de la conception, *la réunion d'un seul instant fût physiquement impossible.* »

L'accident dont parle ensuite l'art. 312 désigne toute blessure de nature à empêcher l'acte de la génération, et survenue postérieurement à la célébration du mariage. Puisque le mari ne peut désavouer en alléguant son impuissance naturelle pour la raison que « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », par argument d'analogie il ne doit pas pouvoir le faire pour cause d'impuissance accidentelle antérieure au mariage (1).

L'adultère de la femme ne suffit point pour motiver une action en désaveu et la loi romaine nous en donne le motif : « *cum possit et uxor adultera esse et impubes maritum patrem habuisse* ». « Pot estre qu'ils sont du mari et pot estre que

1. En droit romain l'impossibilité physique de cohabitation n'était pas limitée à un certain nombre de causes. Ulpien loi 6. Dig. « *de his qui sui vel alieni* » en cite trois d'où elle peut dériver, l'absence, l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, mais les expressions « *vel alia causa* » indiquent que cette énumération n'est pas limitative.

Dans l'ancien droit, l'éloignement et l'impuissance étaient les deux seules causes de désaveu. V. Beaumanoir coutumes de Beauvoisis chapitre 18 n^{os} 14 et 15. Toutefois deux arrêts cités par Merlin, du 9 mai 1693 et 1^{er} décembre 1701 déclarent bâtards des enfants conçus depuis la séparation pour cause d'adultère (*Journal des audiences* t. V, p. 152 et suivantes).

ne sont » ajoute Beaumanoir de son côté (chap. XVIII n° 4), en parlant des enfants dont la conception coïncide avec la date où la mère a violé ses devoirs de fidélité. Seul il constitue une base trop fragile au désaveu, mais lorsqu'il est accompagné des deux ordres de faits que mentionne l'art. 313, il offre à la présomption « Pater is est... » un démenti assez puissant pour autoriser une dénégation de paternité. « Le mari, dit l'art. 313 ne pourra désavouer l'enfant même pour cause d'adultère à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. »

Recel de la naissance, adultère de la femme correspondant à l'époque où la conception a été possible, faits venant à l'encontre de la paternité, voilà tout l'appareil de preuves que doit apporter le mari pour triompher dans cette seconde cause de désaveu. Pourquoi la loi s'est-elle montrée si difficile ? C'est que, même si le demandeur a souscrit entièrement à ces exigences, la certitude de sa non paternité n'est pas acquise, idée que les auteurs ont voulu exprimer en parlant d'impossibilité morale de cohabitation pour l'opposer à l'impossibilité physique de l'art. 312. Ici un simple rapprochement de dates susceptible de faire naître dans l'esprit la conviction immédiate et cer-

taine d'une paternité étrangère fait place à l'établissement d'un concours de circonstances qui ne produit qu'une certitude relative issue d'une somme de probabilités plus ou moins considérable. On comprend dès lors que, sous peine d'entamer le principe tutélaire de la filiation et de la constitution des familles qu'il venait de consacrer dans l'art. 312, le législateur devait n'accepter les récriminations du mari qu'en lui demandant de sérieuses garanties.

Une dissidence profonde règne entre la doctrine et la jurisprudence sur l'objet de savoir comment s'administre la preuve de l'adultère.

Il est aujourd'hui universellement reconnu que l'adultère ne nécessite point un jugement spécial ou une instance séparée, contrairement à l'opinion de Toullier et de Merlin (1). Ce serait dans le premier cas, la négation de l'action en désaveu puisque le délai très court imparti à l'introduction de la demande serait le plus souvent expiré avant qu'il n'ait pu être statué sur l'adultère et, dans le deuxième, une addition évidente faite au texte.

Mais les auteurs prétendent que le mari n'est bienvenu à alléguer les faits qui contredisent sa paternité qu'autant qu'il a prouvé, *directement* et en dehors de ces faits, l'adultère de sa femme. C'est

1. Toullier, tome 2, n° 815. Merlin, *Répertoire*, t. 7, *Légitimité*.

la construction des termes de l'article 313 qui leur sert d'argument. Ecoutons MM. Aubry et Rau (1). « dire que l'enfant ne peut être désavoué même pour cause d'adultère, à moins que la naissance n'ait été cachée, c'est exprimer en d'autre langage, que l'enfant peut être désavoué pour cause d'adultère quand sa naissance a été cachée ; c'est exiger en définitive la double preuve de l'adultère et du recèlement de la naissance ». On ajoute que c'est l'admission du désaveu qui doit résulter de la preuve de l'adultère et non pas la preuve de l'adultère de l'admission du désaveu. La différence que la loi a marquée entre l'art. 312 et le suivant est très logique, poursuit-on, car tandis que l'adultère est une conséquence forcée du fait établi que l'éloignement ou l'accident a duré pendant les cent vingt jours de la conception, au contraire il n'est pas le produit obligé de la preuve du recel de la naissance et des faits qui justifient que le mari n'est pas le père.

Ces raisons n'ont pas convaincu la jurisprudence qui décide d'une façon constante, que le mari peut, à la seule condition d'établir préalablement le recèlement de la naissance, présenter les faits qui rendent vraisemblable sa demande en dénégation de paternité, et sont de nature à faire ressortir tout à

1. *Cours de droit civil*, tom. 6, p. 44, n° 56.

la fois qu'il n'est pas le père de l'enfant, et que son épouse a eu des relations sexuelles avec un tiers à une époque coïncidant avec le moment de la conception (1). Mais bien entendu, tout fait qui mettra en doute la paternité du mari n'emportera pas nécessairement la preuve de l'adultère, par exemple celui qui sera tiré de l'état valétudinaire de l'époux. Au contraire, l'accouchement d'un mulâtre par une femme blanche mariée à un homme blanc déterminera généralement la conviction d'un adultère dans l'esprit des juges.

Nous tenons pour vraie l'opinion des arrêts.

Le code ne s'oppose pas à l'interprétation qu'ils lui donnent. Ce qu'il veut faire entendre, c'est que l'adultère ne suffit pas pour entraîner le désaveu; peu importe la manière dont il sera établi, il est de principe, tant au point de vue pénal qu'au point de vue civil, que tous moyens sont bons à cet effet, même de simples présomptions, y compris celles qui résultent des faits de non paternité allégués par le mari. Les précautions abondamment réunies par la loi sont assez rigoureuses pour ne pas en renforcer la sévérité, étant données surtout

1. Cass. 31 juillet 1866. Sir. 66-1-417.

Bordeaux, 5 juillet 1843. Sir. 44-2-186.

Alger, 13 janvier 1896. *Gaz. du Palais*, 16 juin 1896.

Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, 1896, 2-149.

les difficultés qu'on éprouve quand il s'agit d'établir directement l'adultère. Au surplus, quoi d'étonnant à ce que le désaveu soit rendu plus facile quand la naissance a été cachée. Fréquemment le recela sa cause dans l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil comme né de père inconnu, quelquefois même comme né de père et mère inconnus. Dans cette dernière hypothèse, l'art. 325 permet de repousser le réclamant qui n'a ni titre, ni possession d'état par tous les moyens possibles. Et il est à remarquer que ce texte a été discuté par les rédacteurs du code en même temps que l'art. 313. Les deux ont une même origine et sont conçus dans le même esprit.

La seconde condition apposée à l'admissibilité du désaveu pour adultère, est le recel de la naissance de l'enfant, c'est la plus probante et la plus rigoureuse des trois qu'exige ensemble l'article 313. Sans elle, le mari n'est pas fondé à introduire sa demande, eût-il les meilleures raisons à faire valoir pour renier le fils dont on veut lui infliger la paternité ; la loi estime que le crime de la mère doit être mis en doute tant qu'il n'est pas affirmé d'une façon éclatante par le plus puissant de tous les aveux. La honte d'avoir commis une faute abominable et la crainte d'en être châtiée suggèrent immédiatement, à la femme coupable, le projet de cacher les traces de l'adultère.

Un aveu exprès ne remplirait pas le but, car il peut être dicté par un sentiment de colère ou de jalousie. D'ailleurs « les père et mère peuvent bien assurer l'état de leurs enfants, disait D'Aguesseau dans son vingt-troisième plaidoyer, ils ne peuvent jamais le détruire ».

Le recel ne serait pas constitué si la femme n'avait rien fait pour dissimuler la naissance ; le défaut de notification de celle-ci au mari n'est pas suffisant, car il n'implique pas l'aveu qui est à la base du recel ; la mère a cru peut-être que son mari avait eu connaissance de sa grossesse et jugé inutile de lui faire part de son accouchement. Mais il en serait autrement si le public ignorait la naissance ; des précautions ont alors certainement été prises pour garder le secret (1).

La naissance de l'enfant se révèle par deux circonstances apparentes : la grossesse et l'accouchement. Dès que l'une n'a pas été cachée au mari, il n'y a plus au sens strict des mots, recel de la naissance. Faut-il en conclure que pour qu'il y ait lieu à désaveu, il est indispensable que les deux faits aient été dissimulés.

C'est notre avis ; il y a là sans doute une lacune regrettable de la loi qu'il est impossible de combler sous le prétexte de se conformer à l'esprit de

1. Cass., 3 août 1891. (*Bulletin de la Chambre civile de cassation*, 140, p. 242.

ses dispositions. Il est contraire à la morale d'accepter le calcul intéressé et honteux d'une femme qui, après lui avoir longtemps célé sa grossesse, vient l'apprendre à son mari ou lui notifie son accouchement pour empêcher qu'il ne désavoue le fruit de son crime ; le silence prolongé qu'elle a observé témoigne de sa culpabilité ; mais l'adage « *In dubio praevaleat favor partus* », qui a inspiré manifestement le législateur dans toute la matière du désaveu, nous empêche d'adopter l'opinion de la jurisprudence. Celle-ci n'est pas ferme dans ses décisions. Elle tient compte des circonstances. Lorsque la fraude de la femme est démontrée, elle n'hésite pas à assimiler le recel de la grossesse au recel de la naissance (1). Si au contraire cette fraude n'est pas certaine, elle juge que le recel de la grossesse n'est pas suffisant du moment que connaissance de l'accouchement a été donnée au mari (2). Le motif qui guide les arrêts est louable, mais la solution qu'il conseille et détermine est en opposition formelle avec le texte.

L'illégitimité de l'enfant devient tellement probable lorsque la femme a dérobé sa maternité aux regards du mari, qu'on pourrait être tenté de croi-

1. Cass. 29 juin, 1892, D. 92-1-477. Arrêt de la cour de Paris du 31 janvier 1894, confirmé par la cour de cassation le 18 décembre 1894, Dall. 95-1-223.

2. Bourges, 6 juillet 1868. Sir. 69-2-44.

re que le législateur n'a pas étendu au delà le cercle de ses exigences pour l'admission du désaveu fondé sur l'adultère. Ce serait une erreur. On veut encore que le mari prouve l'existence d'autres faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Ces faits sont laissés à l'appréciation des juges. Ils peuvent être puisés dans l'inimitié profonde qui régnait entre les époux au moment de la conception et était de nature à les tenir séparés constamment l'un de l'autre, ou dans l'état de maladie du mari, etc.

Parmi eux, il en est un qui, selon nous, dénote suffisamment que la conception a été étrangère au mari, et aurait dû constituer une cause de désaveu à lui seul, indépendamment du recel de la naissance : c'est la mise au monde d'un mulâtre quand les époux sont blancs. M. Laurent avait probablement présent à l'esprit ce cas spécial quand il proposait, dans son avant-projet de révision du code civil belge, de ne plus exiger le recel comme condition distincte, (art. 282), mais au contraire de le laisser au nombre des faits qui tendent à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant. C'est incontestablement une exagération, et il vaut mieux faire abstraction de ce cas spécial très rare dans la pratique, que d'en faire état pour modifier un texte dans un sens aussi défavorable à l'enfant et préjudiciable à la société.

Avant 1850 la séparation de corps, prononcée entre les époux à une date antérieure à celle du premier jour qui commence la période légale de conception, ne formait pas une cause de désaveu particulière, elle rentrait dans les faits dont parle l'alinéa 2 de l'art. 313. Il était ainsi permis à une femme d'inconduite de forcer son mari à accepter dans sa famille des enfants qui ne lui étaient d'aucun lien naturel, à la seule condition de les faire inscrire comme nés de lui sur les registres civils.

Une loi du 6 décembre 1850, due à l'initiative de MM. Demante et Valette, et dont les dispositions furent étendues au divorce par une loi du 27 juillet 1884, vint remédier à ce déplorable état de choses en ajoutant à l'art. 313 un alinéa dont voici la teneur :

« En cas de jugement ou même de demande de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux ».

L'enfant conçu depuis l'époque où une ordonnance du président du tribunal civil a assigné à la femme un domicile séparé et avant la réconciliation des époux ou le rejet de la demande, n'est pas

illégitime de plein droit mais le désaveu qui lui est applicable est péremptoire. Comme dans le cas d'impossibilité physique de cohabitation, une simple comparaison de dates est à faire ; dès qu'il en ressort que la conception a eu lieu après la séparation ordonnée des époux, les juges sont *obligés* de prononcer le désaveu sans pouvoir requérir d'autre preuve de la part du désavouant (1). Après quelques hésitations de courte durée (2) la jurisprudence s'est définitivement fixée en ce sens (3).

Quand le divorce fut réintégré en France c'est-à-dire en 1884, on jugea à propos de lui étendre les règles de la loi de 1850, purement et simplement. On ne prit pas garde que le divorce, au lieu de relâcher seulement le mariage comme la séparation de corps, le dissout complètement, d'où la rédaction très vicieuse du texte remanié de l'art. 313. Si on suivait à la lettre les termes dont il se sert, on arriverait à cette conséquence évidemment fausse que l'enfant né plus de trois cents jours après la transcription du divorce sur les registres de l'état civil serait encore présumé légitime sauf la faculté de le désavouer, et à cette autre

1. V. lettre de M. Valette. Sirey, 1858, 2, 689.

2. Amiens, 30 juin 1853. Sir., 54, 2, 81.

3. Cass. 19 août 1872. Dall. 73, 1, 479. Lyon 3 juillet, 1890. Dall. 91, 2, 99.

non plus exacte, que l'enfant né plus de trois cents jours après le divorce est légitime et ne peut être dépouillé des avantages de la légitimité s'il est constant qu'un rapprochement a eu lieu entre les époux à un moment coïncidant avec celui où la conception a été possible. Dans les deux hypothèses, il n'y a pas de place pour le désaveu, l'enfant est illégitime et est passible d'une action en contestation de légitimité conformément à l'art. 315.

M. Laurent (1) reproche aux auteurs de la loi de 1850 d'avoir voulu le désaveu même avant que la séparation des époux ne fût prononcée et passée en force de chose jugée, parce que la séparation qui résulte de la permission donnée par le juge à la femme d'avoir un domicile séparé de celui de son mari n'est qu'une séparation de fait qui laisse subsister le mariage avec tous ses effets, et que d'ailleurs le désaveu intervenu dans ces conditions aura pour résultat d'empêcher toute réconciliation à venir de l'homme et de la femme.

Ces considérations ne justifient pas à notre avis la critique du savant auteur. La présomption : « *Pater is est...* » est fondée sur la cohabitation (présumée) des époux, or dès que cette cohabita-

1. Avant-projet de révision du Code civil belge, t. 2, p. 81 et 82.

tion cesse *légalement*, la présomption n'a plus de base et doit pouvoir être écartée.

Mais la séparation qui n'est pas sanctionnée par la loi, qui a sa cause dans l'unique volonté des époux, n'autorise pas à désavouer l'enfant qui est conçu pendant sa durée ; elle peut tout au plus être alléguée par le mari comme un fait susceptible de justifier qu'il n'est pas le père.

Deuxième hypothèse. — L'enfant a été conçu avant le mariage et est né pendant.

La naissance pendant le mariage, avons-nous vu, a pour effet de conférer la légitimité bien que la conception soit antérieure à la célébration d'après la supputation des délais des gestations.

Cependant comme le signe de paternité le plus important fait ici défaut, il est tout naturel d'entourer la présomption : « *Pater is est...* » d'une protection moindre. C'est pourquoi, liberté est donnée au mari de repousser la paternité qui lui incombe provisoirement, en établissant seulement que l'enfant est né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. A lui d'apprécier en son âme et conscience, s'il est l'auteur de l'accouchement de sa femme. La loi s'en rapporte à son jugement. S'il se tait, elle confirme son silence qu'elle prend pour une approbation, s'il parle, elle l'écoute et fait droit à sa demande *de plano*.

Mais il a pu déjà compromettre l'exercice de la faculté qui lui est réservée en se reconnaissant le père de l'enfant.

L'article 314 énumère trois fins de non recevoir dont les deux premières constituent respectivement un aveu de paternité. « L'enfant... ne pourra être désavoué. 1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage. 2° S'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer. 3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable.

Reprenons-les successivement.

1° Celui qui épouse une femme dont il sait l'état de grossesse est justement présumé renoncer au droit de désavouer l'enfant qui doit naître. S'il ne se croyait pas l'auteur de cette grossesse, il est vraisemblable qu'il se ferait un point d'honneur de refuser une telle compagne.

Comment prouver que le mari a eu cette connaissance ?

Puisqu'il s'agit d'un simple fait, comprendrait-on qu'un écrit fût exigé ? Tous moyens *ad hoc*, témoignages, présomptions, lettres, etc., (art. 1341-1348-1353) sont donc laissés à la discrétion du défendeur.

Lorsque cette exception est opposée au mari, celui-ci obligé d'en confesser la vérité, est-il admis à invoquer une autre cause de désaveu, peut-

il néanmols prouver encore qu'il n'est pas le père de l'enfant en alléguant une impossibilité physique de cohabitation au temps de la conception ?

Cette question fait l'objet d'une grave controverse.

MM. Demolombe (1) et Aubry et Rau (2) notamment, soutiennent, d'accord avec la jurisprudence, que les termes de l'art. 314 sont absolus et n'admettent d'autre réplique que celle qui s'attaque directement à la fin de non recevoir tirée de la connaissance de la grossesse avant le mariage. Dès lors qu'il est prouvé que le mari s'est marié avec une femme enceinte et le sachant, l'action en désaveu est irrecevable quelque raison qu'on mette en avant contre sa paternité. Le désaveu est un droit exceptionnel qu'il faut bien se garder d'étendre au delà des cas strictement déterminés par le code. La stabilité des familles en serait profondément ébranlée. « Attendu, dit un arrêt de la cour de cassation du 28 décembre 1869 (3), qu'aux termes de l'art. 314, l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne peut être désavoué par le mari si ce dernier a connu la grossesse avant le mariage, que cette disposition absolue dans ses

1. Demolombe, t. 5 n° 80.

2. Aubry et Rau. *Cours de droit civil*, tome 6, par. 515, p. 36, note 26.

3. Cass. 28 décembre 1869. Dall. 70-1-145.

termes et fondée sur l'aveu tacite de la paternité de l'enfant est exclusive de la preuve contraire ». Un arrêt récent de la cour de Chambéry en date du 27 novembre 1889 (1) professe le même avis.

Nous n'acceptons pas ce système. Il est d'abord immoral.

Voilà un homme qui revient d'un pays lointain. Il rencontre une femme à son arrivée, a quelques relations avec elle, croit sur l'aveu de celle-ci qu'il l'a mise en état de grossesse et l'épouse pour réparer sa faute. Un accouchement prématuré lui fait comprendre qu'il a été victime d'une honteuse fraude. La bonne foi de son erreur est très possible, car, de l'avis de tous les médecins, on peut se méprendre sur le degré d'avancement d'une gestation. Il désavoue, on le déboute de sa demande en lui disant que c'était à lui de ne pas épouser une femme qu'il savait sur le point d'être mère. Et malgré la preuve éclatante qu'il est étranger à la conception, attendu que durant tout le temps où elle a été possible, l'espace des mers le séparait de sa femme, on le condamne à garder dans sa famille un enfant qu'il a tant de motifs à repousser.

Il est ensuite contraire au texte tel qu'il doit être interprété. Le désaveu, que l'article 314 interdit alors, n'est pas le désaveu de l'article 312 mais

1. Chambéry 27 novembre 1889. *Moniteur judiciaire de Lyon*, 21 janvier 1890.

celui dont il vient de parler, qu'il vise exclusivement. Le bon sens ne dit-il pas assez que si on peut désavouer un enfant né et conçu pendant le mariage, qui a par conséquent toutes les apparences de la légitimité, sur le fondement d'une impossibilité physique de cohabitation, *a fortiori* doit-on pouvoir le faire vis-à-vis d'un enfant dont la légitimité n'est que le résultat d'une extension de la présomption « *Pater is est* », d'une faveur accordée au mariage. Il y a quelque chose d'humiliant pour la raison à regarder comme constant un fait notoirement contraire à la réalité.

Nous relevons quelques contradictions dans les solutions de la jurisprudence à ce sujet. Elle a décidé à plusieurs reprises, nous avons déjà eu l'occasion de le constater, que l'enfant conçu avant le mariage et né pendant devait sa légitimité à une légitimation par mariage subséquent (1). D'autre part, elle a jugé (2) qu'une reconnaissance d'enfant naturel suivie de légitimation était contestable, si elle avait été faite *par erreur* et principalement si, à l'époque de la conception, l'auteur de cette reconnaissance avait été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère.

N'y a-t-il pas identité de situation dans les deux

1. Cass. 28 juin 1869. Lyon, 6 avril 1870. Sir. 70-2-109.

2. Paris, 23 juillet 1853. Dall. 54-2-269. Lyon, 13 mars 1856. D. 56-2-232.

hypothèses et par suite mêmes raisons de juger uniformément. Un aveu ne conserve toute sa force qu'autant qu'il a été l'expression d'une volonté éclairée : c'est ce qui ressort de l'art. 1356, d'après lequel l'aveu n'est irrévocable qu'autant qu'il n'a pas été la conséquence d'une erreur de fait.

Nous n'irions cependant pas jusqu'à en conclure que le mari a le pouvoir de prouver, nonobstant la certitude acquise qu'il avait eu connaissance de la grossesse avant le mariage, qu'il n'est pas le père de l'enfant en se fondant sur l'adultère de sa femme. En effet cet enfant n'est passible que d'une action en désaveu, et celle que permet l'art. 313 exige le recel de la naissance, condition qui manque ici puisque le mari a connu la grossesse.

2° La participation du mari, soit comme comparant, soit comme déclarant, à l'acte de naissance est regardée par la loi comme une reconnaissance de paternité ; dès lors l'enfant dont il s'agit ne peut plus être chassé d'une famille où il est entré avec l'assentiment de son chef, à moins que ce dernier n'ait fait dans le corps de l'acte des réserves ou des protestations qui détruiraient l'aveu qu'on tire de sa signature.

3° Enfin si l'enfant ne naît pas viable, c'est-à-dire s'il vient au monde avec une conformation incompatible avec la vie, ce qui est une question de fait à examiner, la demande en désaveu n'a plus de

consistance. Aucun droit ne peut se fixer sur la tête de celui qui ne remplit pas, en naissant, les conditions nécessaires pour vivre (art. 725 et 906). Et comme il est défendu d'agir sans intérêt et sans adversaire, il est naturel d'empêcher une action qui n'aurait d'autre effet que de répandre inutilement le scandale. C'est pourquoi on s'étonne de voir figurer à l'article 314 la non viabilité comme fin de non recevoir opposable à l'espèce de désaveu qu'il édicte : elle ne saurait lui être spéciale, il faut l'étendre à n'importe quel désaveu, quelle que soit sa cause.

Les exceptions que nous venons d'étudier ne sont pas les seules qui rendent irrecevable la demande du mari. Les termes dont se sert la loi à cet égard sont purement énonciatifs et on n'a pas à craindre, en allongeant la liste de ces fins de non recevoir, de se poser en adversaire de l'esprit du code.

Tout le monde est d'avis qu'une reconnaissance expresse de paternité forme un obstacle à l'action en désaveu, par argument *a fortiori* puisé dans les numéros 1 et 2 de l'art. 314, qu'elle intervienne avant ou après la naissance de l'enfant.

Quant aux aveux tacites qui résulteraient des actes du mari, c'est au juge à décider de leur valeur, et à voir s'ils sont assez caractérisés pour entraîner le rejet de la demande. Nous serions

porté à penser que le fait par le mari d'avoir pris part au baptême, cérémonie accompagnée de la présentation du nouveau-né à la famille, devrait produire cet effet (1).

Une dernière observation reste à faire. S'il n'existe aucune exception propre à paralyser l'exercice de l'action, l'enfant désavoué sera déclaré illégitime, naturel simple. Mais cette conséquence n'aura pas toujours lieu. L'art. 340 précise un cas unique où la paternité naturelle peut être recherchée, celui d'enlèvement de la femme correspondant à l'époque de la conception. Si donc cet enlèvement est prouvé à l'encontre du mari, la paternité lui incombera. Et comme d'autre part la naissance pendant le mariage confère la légitimité, l'enfant dans cette hypothèse restera légitime, puisqu'il souscrit à cette condition.

La bizarrerie de cette solution commandée par les textes était digne de remarque.

§ 2. — *Qui peut intenter l'action en désaveu.*

L'action en désaveu a des conséquences de la plus haute gravité ; sa réussite a pour effet de ternir la réputation de la mère en la montrant infidèle, et de compromettre l'avenir de l'enfant en le

1. Demolombe. T. 5, n° 76.

marquant du stigmate de l'adultérinité et en le privant des droits que la loi attache à la légitimité. D'où il était du devoir du législateur de ne la confier qu'à un très petit nombre de personnes.

Elle appartient d'abord au mari, c'est le premier intéressé auquel il fallait songer. Qui, plus que lui, est en mesure d'apprécier s'il est le père ou non de l'enfant qui naît de sa femme ? Qui peut mieux discuter et balancer les raisons qui militent tour à tour pour ou contre sa paternité ?

Mais il n'est pas toujours, pendant sa vie, le seul qui ait intérêt à renverser la présomption de paternité. Par exemple, un donataire craint la réduction ou même la révocation *ipso jure* de sa donation, art. 960, ou bien un créancier voit son gage diminué par l'existence d'un enfant que le mari sera obligé de nourrir et d'élever. Ont-ils le droit d'intenter l'action en désaveu ? Non, l'intérêt moral et supérieur de l'auteur met un voile sur l'intérêt purement pécuniaire des ayants cause. Ceci a été contesté pour le créancier, parce que l'art. 1166 lui donne en général la faculté d'exercer toutes les actions de son débiteur, mais à ce principe le texte apporte une dérogation relativement aux droits qui sont inhérents à la personne du débiteur, et il est certain que le désaveu rentre dans cette exception.

Ces données ne présentent pas de difficulté a

mais où apparaît l'embarras d'une solution, c'est quand le mari devient incapable d'agir ?

S'il est mineur, comme l'art. 482 ne lui défend que l'exercice des actions immobilières, il a la capacité suffisante pour désavouer sans avoir besoin de l'assistance de son curateur, car l'action en désaveu ne saurait être rangée ni dans la classe des actions immobilières, ni dans celle des actions mobilières.

Mais que décider si un jugement a prononcé son interdiction ? Le tuteur qui lui est nommé peut-il intenter le désaveu à son lieu et place ?

Cette célèbre question ne se trouve résolue nulle part dans la loi, du moins expressément, et divise encore les auteurs. Pour la jurisprudence, elle a pris son parti (1) en adoptant résolument l'affirmative. Disons, sans plus tarder, que nous lui donnons tort.

C'est dans un arrêt de la cour de cassation du 24 juillet 1844 que nous trouvons exposés clairement les motifs qui l'ont portée à statuer ainsi. Etudions-les.

Les art. 450 et 509 du code civil constituent la pierre d'achoppement du système. Le premier

1. Cass. 24 juillet 1844. Sir. 44-1-626.

Caen. 14 décembre 1876. Sir. 77-2-54,

Grenoble. 5 décembre 1883. Sir. 84-2-73.

Lyon. 5 juin 1891. Sic. Demolombe. Tome 5, n°s 116 et suiv.

donne au tuteur le pouvoir de représenter le mineur dans *tous* les actes de la vie civile. Le second assimile l'interdit au mineur et fait un renvoi au précédent, en disant que « les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ? Il résulte de là, dit-on, que la représentation du tuteur est complète, qu'elle s'adapte aussi bien aux intérêts moraux de l'incapable qu'à ses intérêts pécuniaires, que toutes les actions comprises dans le patrimoine de celui-ci sont susceptibles d'être exercées par le représentant, sans excepter celles qu'on refuse aux créanciers parce qu'elles sont inhérentes à la personne du titulaire. La dérogation qu'apporte l'article 1166 au principe qu'il commence par poser n'existe pas dans l'art. 509, il n'est pas permis de l'y introduire, d'autant plus qu'il n'y avait pas mêmes raisons de décider : les créanciers de l'interdit ne le représentent pas, ils ont, bien plus, un intérêt opposé à celui de leur débiteur ; au contraire le tuteur ne forme qu'une seule et même personne légale avec l'incapable, puisqu'il est son mandataire « *qui mandat ipse fecisse videtur* ».

On voit, après une courte réflexion, par où pèche cette argumentation. Elle prouve trop. N'y a-t-il pas en effet, de l'avis unanime de la doctrine tout entière, certains droits dont le caractère personnel met obstacle à une représentation quelcon-

que, et les soustrait à l'omnipotence tutélaire ? Prétendra-t-on que le tuteur peut se marier pour l'interdit, tester, faire une adoption à sa place, ou encore, pour nous rapprocher davantage du problème, reconnaître un de ses enfants naturels ?

Il est évident que ces actes impliquent la volonté unique de l'intéressé et ne souffrent pas l'intervention d'un étranger. Que devient alors le fameux argument qu'on tire de l'art. 450 ? Il croule et avec lui l'édifice qu'il soutenait. Car si l'on admet, et il le faut, ces exceptions au principe général de tout-à-l'heure, il n'y a pas de raison valable pour ne pas y ajouter l'action en désaveu. On fait à cette réponse deux objections.

Sans doute, dit-on, il y a certains faits qui s'individualisent de telle sorte qu'ils dépendent d'une faculté personnelle. Ce sont des attributs insusceptibles de se traduire en actions civiles. Mais toutes les fois qu'un droit donne lieu à une action civile, il peut faire l'objet d'un mandat, tel le désaveu.

Cette distinction entre les droits sanctionnés par une action et ceux qui ne le sont pas ne repose sur rien, elle est arbitraire. Pour en montrer l'inalétabilité, il suffit de faire remarquer que l'action en divorce est refusée au tuteur d'un interdit judiciairement. Les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 en font foi. Le projet donnait au tuteur

la faculté d'introduire la demande en divorce avec l'autorisation du conseil de famille. Sur la proposition de M. Le Guen, ce droit fut restreint à la séparation de corps, (art. 307, al. 2). A ne consulter que le code, on ne verrait d'ailleurs pas pourquoi, le législateur aurait, sur ce point, jugé à propos de s'expliquer en ce qui concerne la séparation de corps et de garder le silence quant au divorce.

On objecte en seconde main que l'action en désaveu n'est pas aussi personnelle qu'on veut le dire puisque l'article 317 la déclare transmissible aux héritiers du mari.

C'est exact. Mais après la mort du mari les intérêts en présence sont changés du tout au tout. L'action a perdu son élément moral : l'honneur du mari n'est plus en jeu, celui dont les intérêts étaient le plus respectables a disparu ; il y avait moins d'inconvénient, quoi qu'il y en eut encore comme nous le dirons bientôt, à laisser passer l'action à d'autres.

La Cour suprême se prévaut encore de l'analogie qui existe entre notre cas et le suivant. Lorsque l'enfant intente une action en réclamation d'état, le tuteur du mari interdit a qualité et est *seule* partie capable pour établir conformément à l'article 325, la maternité prouvée, que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de sa mère.

Cette formule, à notre sens, contient une erreur et n'est pas concluante. S'il est prouvé sur l'action en réclamation d'état que le mari n'est pas le père, le tribunal doit rejeter la demande toute entière même en ce qu'elle a pour but la constatation de la filiation maternelle, car il en résulte l'adulterinité de l'enfant, et la recherche de la filiation adultérine est prohibée (art. 335). Par suite la preuve de la non-paternité du mari peut être faite *même par la mère ou les héritiers de la mère* car, contestant la paternité, ils font échouer la demande même pour la maternité. Donc d'une part, le tuteur du mari interdit n'est pas dans l'espèce seule partie capable de contester la paternité du mari, d'autre part il ne s'agit pas ici d'une action en désaveu proprement dite car les conséquences en font défaut. L'analogie manque : la présomption : *Pater is est* est affaiblie de manière qu'il est possible de la détruire par la simple preuve contraire.

Les partisans du système que nous combattons continuent leur démonstration en alléguant qu'il n'est pas admissible qu'on laisse sommeiller le désaveu pendant tout le temps que dure l'interdiction, attendu que son exercice est soumis à un délai très bref à l'expiration duquel se dresse une déchéance et non pas une prescription.

Sans prétendre à l'application de l'article 2252

qui suspend le cours d'une longue prescription au profit des mineurs et des interdits, on peut répondre à cette nouvelle arme que l'espèce de prescription attachée à ce droit est fondée sur une idée de reconnaissance tacite de paternité. Or celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut se rendre l'auteur d'un aveu. Le délai ne courra pas avant la mainlevée de l'interdiction. Cette solution ressort implicitement de la disposition contenue en l'article 316 alinéa 3, qui dans l'hypothèse du recel de la naissance, assigne au délai, comme point de départ, le moment de la découverte de la fraude. La connaissance de cause est une condition indispensable à la réalisation d'un aveu.

Reste un argument difficile à éviter.

L'incapacité du mari qui a sa raison dans l'interdiction est susceptible d'une durée qui peut être fort longue. Elle aura pour terme, ou la mainlevée de l'interdiction donnée par la justice si le mari recouvre ses facultés mentales, ou le décès de celui qu'elle frappe. Dans l'intervalle, l'enfant reste protégé par la présomption légale de paternité, il est en possession de la légitimité. Lorsque l'action en désaveu retrouvera un titulaire capable, il est à redouter que les preuves en aient disparu ou tout au moins qu'elles aient perdu une grande partie de leur valeur. Par exemple, les témoins de l'adultère ou du recel de la naissance

ont péri ou ont acquis une résidence inconnue ; des condamnations pénales ont amoindri la force probante de leurs témoignages. N'y a-t-il pas là un véritable danger ?

Oui certes, et nous n'avons pas la prétention de le nier. Qu'on nous permette cependant de faire deux observations.

Et d'abord, il ne faut pas exagérer ce danger. Sans doute, il est impossible d'accorder au tuteur une action qui priverait provisoirement l'enfant des droits qu'il tient de sa légitimité présumée, et aurait pour avantage de conserver les preuves, et nous ne croyons pas comme M. Demolombe (1), qu'on ait fait allusion à ce procédé pour défendre l'arrêt de la cour de Colmar du 21 janvier 1844. Sans être obligé de recourir à cette mesure évidemment prohibée par la loi, le tuteur pourra quelquefois empêcher le dépérissement des preuves en exerçant une vigilance active, par exemple en surveillant le départ des témoins et en s'assurant de leur domicile.

Et puis et surtout, pour condamner un système, il ne suffit pas d'en montrer le côté peccable, il faut encore comparer les inconvénients qu'il offre avec ceux que présente le système qu'on veut mettre à sa place. Si on donne au tuteur le pouvoir de

1. Demol. *Loco citato*.

désavouer, il arrivera de deux choses l'une : ou ce représentant aura laissé expirer le délai dans l'espace duquel il devait agir et alors le droit de désaveu sera à jamais éteint, car il est certain, quoiqu'en ait pensé la cour de Caen le 14 décembre 1876 (1), que l'action reste soumise dans ce cas à la déchéance qu'édicté l'art. 316 : du moment que l'action peut être intentée, la loi veut qu'elle le soit dans un bref délai (2), ou et c'est la seconde partie du dilemme, le tuteur ayant usé de son droit aura obtenu un jugement qui chasse l'enfant de la famille du mari ou l'y maintient. Et alors on sera en présence d'une décision irrévocable et qui s'impose « *erga omnes* », puisque d'une part ce qui est jugé avec le mandataire l'est aussi avec le mandant, puisque, d'autre part, l'effet de la chose jugée est ici absolu. De quelque côté que l'on se tourne, quelque solution que l'on imagine, le résultat est désastreux. A quelle désespérante alternative ne soumet on pas le mari qui d'un instant à l'autre peut revenir à la raison ? Admettre une pareille opinion, c'est sacrifier la volonté du principal intéressé à l'inexpérience et peut-être aux caprices d'un homme étranger à l'enfant par les liens du sang, c'est risquer une collusion frauduleuse du tuteur avec la femme, c'est enfin, dans

1. Caen. 14 décembre 1876. Sir. 77-2-51.

2. Sic. Cour de Chambéry, 28 juillet 1862.

une question grosse de scandales, faire bon marché d'un attribut attaché par la nature au cœur de tous les maris : le pardon. En vain dira-t-on que le tribunal s'entourera des garanties les plus sérieuses pour rendre son jugement, fera au besoin une enquête sur la moralité du tuteur. Nous répéterons toujours que la sanction des juges ne doit intervenir qu'après qu'un premier jugement s'est fait dans la conscience éclairée de celui qui, seul, possède les éléments d'une appréciation sûre.

Que nous importe après cela, le danger qu'on nous signalait tout à l'heure. N'est-il pas compensé et au delà, par celui que nous venons de mettre en lumière ?

Nous ajouterons, pour terminer cette discussion, que plus on pénètre dans la matière qui nous occupe, plus on y remarque cette volonté du législateur de restreindre la pratique du désaveu, de rendre presque inattaquable le principe de haute moralité que consacre l'article 312. La limitation poussée jusqu'à l'extrême des causes qui ouvrent le désaveu, l'apposition de délais très courts, le silence gardé relativement à tout intéressé autre que le mari tant qu'il vit, tout cela concourt à faire comprendre que dans l'esprit de la loi, l'action dont il s'agit est très personnelle et ne se prête pas à la représentation. Il doit en être ainsi toutes les fois qu'un intérêt familial

supérieur est en jeu. C'est pourquoi, nous l'avons déjà observé, l'action en divorce est refusée au tuteur de l'interdit et nous en tirons un argument d'analogie très fort en notre faveur. Les conséquences fâcheuses qu'elle entraîne ne sont pas plus à redouter que celles de l'action en désaveu qui a toujours pour fin l'adultérinité de l'enfant. On nous répondra peut-être que cet exemple ne permet pas de généraliser, parce que l'action en séparation de corps, qui a de nombreuses affinités avec celle du divorce, rentre dans les attributions du tuteur. En effet l'article 307 al. 2 porte « le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation ». Oui, mais lorsque le législateur, pour des considérations spéciales, juge à propos d'abandonner sa ligne de conduite et de rendre une action morale susceptible de faire l'objet d'un mandat, il le dit expressément : c'est ce qui est arrivé pour la séparation de corps. Un puissant motif d'humanité et d'ordre public imposait cette exception : il fallait à tout prix soustraire l'époux aux mauvais traitements de son conjoint, et le débarrasser d'une vie commune devenue insupportable.

Concluons donc que le désaveu reste le privilège exclusif du mari pendant sa vie, qu'il ne passe

point à son tuteur en cas d'interdiction judiciaire (1).

Est-ce à dire que l'état de l'enfant désavouable demeurera toujours suspendu jusqu'à la mort du présumé père ou jusqu'à la mainlevée de son interdiction?

Nous croyons que ce résultat ne se produira nécessairement qu'autant que la démence de l'incapable sera continue, et nous permettons au mari de désavouer pendant un intervalle lucide (2). Le but de l'interdiction est de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit, et l'art. 502 dans la formule prohibitive qu'il emploie ne vise que les actes pécuniaires. Certes le texte est absolu dans ses termes mais on ne saurait, sans consacrer de graves injustices, estimer que la pensée qui l'anime correspond d'une manière adéquate à ses termes.

Dans cette théorie, les délais de l'action en désaveu courent à partir du jour où l'interdit aura momentanément recouvré la raison, pourvu que la lucidité d'esprit se soit prolongée un laps de temps égal à celui que la loi estime suffisant pour intenter l'action (3).

1. Aubry et Rau. Tome 6, page 53, par. 545 *bis*. Laurent. Tome 3, n° 436.

2. Laurent. *Loc. cit.*

3. Nous n'hésitons pas à accorder le désaveu à l'interdit légalement, mais sous la forme qui nous semble autoriser l'art. 234 al. 2. Comme en matière de divorce, c'est le tuteur qui intro-

Un problème analogue à celui que nous venons de trancher se présente en matière d'absence.

Les héritiers présomptifs d'un mari absent ont-ils l'exercice de l'action en désaveu de paternité ?

Deux situations sont à considérer et doivent être examinées respectivement, suivant que l'enfant est né moins ou plus de trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent.

1° L'enfant né moins de trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles du mari a été conçu dans le mariage et par conséquent est couvert de la présomption : *Pater is est...* Peut-il être désavoué par les héritiers présomptifs de l'absent ?

En bonne législation il y a tout au moins un cas où l'affirmative semblerait devoir s'imposer. Supposons qu'il naisse dix ans après le moment où le mari a abandonné son domicile sans esprit de retour. Moins de trois cents jours avant l'accouchement de sa femme, celui-ci donne de ses nouvelles par lettre ou autrement. Il est évident qu'il n'est pas l'auteur de la grossesse. On devrait donc pouvoir chasser de la famille l'enfant qui, à n'en pas douter, y est complètement étranger. Cependant nous allons

duir la action « sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit ».

avoir le regret de constater en dépit de toute considération de morale et d'équité que telle n'est pas la théorie du code français.

A quel titre un héritier présomptif de l'absent serait-il admis à exercer le désaveu ?

L'art. 317 détermine une première réponse : C'est, peut-on d'abord dire, en qualité d'héritier du mari.

Les art. 120, 125, 127 et 129 en donnent une deuxième : c'est, peut-on encore ajouter, à titre de représentant de l'absent.

Quelque choix que l'on fasse, la solution conduit à un refus.

S'il se prévaut de l'art. 317, on lui opposera qu'il n'est pas dans ses termes, attendu que pour être habile à se dire et porter héritier, il faut prouver le décès du *de cujus* au moyen d'un acte de décès régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil. Vainement répliquerait-il que le décès de l'absent est présumé. Cette prétention ne se soutient pas quand l'envoi en possession dont il est nanti n'est que provisoire, les obligations légales auxquelles sont soumis les envoyés durant cette période (nécessité d'un inventaire, d'une caution) le prouvent péremptoirement sans compter que l'art. 125 donne la qualification de dépôt à cette possession, et est très discutable même pour la période d'envoi en possession définitif

car nulle part la loi ne parle d'une présomption de mort attachée à l'absence. Fût-elle même admissible, il y aurait encore à vaincre une objection décisive : Pour se dire héritier de quelqu'un, il ne suffit pas d'arguer d'une présomption de mort, il faut rapporter la preuve du décès. Or cette preuve est impossible à fournir, d'où l'art. 317 est hors de cause.

Nous ne saurions donc admettre avec certains auteurs (1) que l'envoyé en possession définitive a la faculté de désavouer l'enfant né moins de trois cents jours après l'absence, sous le prétexte que le droit qu'il possédait à la faveur de l'envoi provisoire a subi une véritable transformation lors de l'ouverture de la troisième période, c'est-à-dire au bout de trente ans, est devenu un droit de succession. Si le législateur a nanti l'envoyé en possession définitive de pouvoirs aussi importants que l'aliénation et l'hypothèque, ce n'est pas parce qu'il a considéré un homme comme mort au bout de trente-cinq ans d'absence, c'est dans un but d'intérêt général : la société est intéressée à un haut degré à la libre circulation des biens.

En outre le caractère tout exceptionnel de l'action en désaveu ne permet pas de prêter au mot héritier une extension qu'il n'a pas.

1. Dalloz. *Répertoire. Paternité et filiation*. Toullier, t. 4, n° 446.

Si l'héritier présomptif du mari, à n'importe quelle époque de l'absence n'est pas autorisé à désavouer de son propre chef, le peut-il du moins du chef de l'absent ?

Nous avons déjà répondu à cette demande par la négative, en démontrant plus haut que le tuteur de l'interdit n'avait pas qualité pour représenter l'incapable dans le droit qui appartient à celui-ci de désavouer un enfant. « Les effets que la loi fait produire à la déclaration d'absence n'ont pour but que de sauvegarder les intérêts matériels de l'absent et de ses héritiers, *ils ne réagissent point sur l'état civil des personnes* », disait, dans ses motifs un arrêt de la cour de Douai du 18 novembre 1861. L'art. 123 ne confère aux héritiers présomptifs que la faculté d'exercer les actions qu'on peut avoir sur les biens de l'absent. L'action en désaveu leur est intransmissible car elle est, dans toute l'acception du mot, inhérente à la personne du mari, elle ne fait pas partie intégrante de son patrimoine. Et il n'y a pas, plus ici que tout à l'heure, à distinguer entre l'envoi en possession provisoire et l'envoi en possession définitif. Si la représentation de l'absent est plus complète dans cette troisième période, c'est seulement quant aux intérêts pécuniaires (1).

1. Voir, *Revue de droit français et étranger*. Ann. 1844, tome I, p. 725 et suiv.

Donc les héritiers présomptifs de l'absent ne peuvent prétendre à l'action en désaveu soit en qualité d'héritiers, soit en qualité de représentants de mari : héritiers, ils ne le sont pas puisque la condition essentielle pour l'être utilement c'est de prouver régulièrement le décès ; représentants, ils le sont bien mais en tant seulement qu'il s'agit des intérêts pécuniaires du disparu. La solution ne change pas lorsque l'envoi en possession de provisoire qu'il était d'abord, est devenu définitif : les pouvoirs des envoyés sont élargis à la vérité, mais dans un domaine exclusif des questions d'honneur et d'appréciation personnelle, comme l'est essentiellement le désaveu.

2° Nous avons vu que vis-à-vis de l'enfant né plus de trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles du mari, l'action en désaveu était de rigueur, s'il était inscrit *comme légitime* sur les actes de l'état civil, pour le priver des avantages de sa légitimité présumée, par application de la règle : Provision est due au titre. Mais les héritiers présomptifs, pour les raisons qui nous ont déterminé à leur refuser ce droit contre l'enfant conçu avant l'absence, ne peuvent porter atteinte à la présomption « *Pater is est* » qui sert de base aux réclamations de leur adversaire.

Avant de passer aux conséquences malheureuses

qui se déduisent du système de la loi, il est utile de rechercher l'opinion de la jurisprudence sur ce point dans les deux situations que nous avons envisagées successivement.

On ne trouve que deux arrêts fort anciens ayant statué directement sur la question. C'est la Cour de Toulouse qui les a rendus le 14 juillet 1827 et le 29 décembre 1828. Ils décident, conformément à notre avis, que l'enfant conçu avant l'absence du mari n'est pas désavouable par les héritiers présomptifs de l'absent. Toutefois il est bon de faire remarquer qu'ils ne se placent que dans l'hypothèse où l'envoi en possession n'est que provisoire. Mais le dernier paraît insinuer que la solution serait identique après l'envoi définitif, bien qu'il y ait alors présomption de mort de l'absent. « Attendu, dit-il dans un de ses motifs, que l'obligation de faire inventaire ou de fournir caution, celle de rendre compte d'une portion des revenus, la défense d'aliéner ou d'hypothéquer justifient que la loi ne présume pas le décès de l'absent. Le décès de l'absent *n'étant pas même présumé*, la loi ne peut conférer aucun des droits sur les personnes qui seraient subordonnés au décès de l'absent ». Cette dernière phrase signifie, semble-t-il, que le décès présumé ne suffirait pas encore pour donner passage à l'action en désaveu, qu'il faut un décès prouvé.

La même solution ressort implicitement des motifs d'un arrêt de la Cour de Douai qui avait à se prononcer sur la question de légitimité d'un enfant né plus de trois cents jours après l'absence (1). On y lit : « Attendu que la légitimité des enfants conçus durant un mariage non dissous est inattaquable tant qu'on ne justifie point du décès de l'absent, qu'autrement, il pourrait advenir en cas de retour du mari, que celui-ci, seul appréciateur de cette question de paternité, la trouverait résolue contre lui par suite d'une action exercée à son insu et qu'il n'aurait même pas l'intention d'intenter », et surtout « attendu qu'aucune action en désaveu n'a été intentée, que cette faculté n'eût été ouverte qu'en prouvant le décès ».

Mais on est en droit de se demander, si le problème qui nous occupe venait à se poser devant la cour de cassation, celle-ci n'adopterait pas un système contraire pour le mettre en harmonie avec celui qu'elle enseigne quand il s'agit de l'interdiction du mari. En tout cas, ce serait en qualité de représentant de l'absent qu'elle accorderait à l'héritier présomptif le pouvoir de désavouer.

Nous arrivons aux résultats qu'une pareille théorie, imposée par l'état actuel des textes, est susceptible d'engendrer dans la pratique. Elles

1. Douai. 18 novembre 1861. Dall, 62-2-25.

sont désastreuses, surtout si l'absence du mari se prolonge indéfiniment sans que jamais la preuve de son décès ne soit acquise. Personne ne pourra désavouer l'enfant né après l'absence, l'adultère et le recel et la naissance fussent-ils constants, y eût-il des indices indéniables de la non paternité de l'absent, l'impossibilité physique de cohabitation pendant tout le temps de la conception fût-elle évidente. Bien plus et c'est ici seulement, d'après nous, qu'apparaît le vice de la loi, dix ans, vingt ans d'absence écoulés à la date de la naissance de l'enfant, n'empêcheront pas le mari d'être présumé son père. De sorte qu'en résumé, la mère pourra introduire dans la famille du mari au grand détriment de la société, des enfants qui n'y appartiennent pas naturellement et dont le nombre n'aura d'autre limite que celle de son inconduite.

C'est pourquoi, la plupart des auteurs (1), cédant à l'impulsion de leur conscience révoltée, ont cru devoir abandonner notre système. Un argument nouveau a été fourni en désespoir de cause par MM. Aubry et Rau (2). « Les héritiers présomptifs de l'absent, disent ces jurisconsultes, étant autorisés à demander l'envoi en possession de ses biens ont par cela même le droit de contester la

1. Demolombe, tome 2, n° 260 et tome 5, n° 116 et 118. Laurent tom. 2, n° 150. Demante, tom. 2 p. 31.

2. Aubry et Rau, tome 6, page 54, note 10.

qualité de tous ceux qui voudraient l'obtenir concurremment avec eux ou à leur exclusion et d'introduire à cet effet une action en désaveu ». Et pour détruire l'objection tirée d'une contrariété possible de volontés entre le mari et ses héritiers présomptifs, MM. Aubry et Rau estiment que le jugement rendu sur le désaveu doit tomber lorsque l'absent reparait, avec la cause qui l'a motivé. Mais l'idée d'un jugement de désaveu dont les effets ne seraient que provisoires, est inadmissible ; l'état de l'enfant ne gagnerait d'ailleurs pas en fixité puisqu'il serait susceptible de changer trois fois.

Donc en droit d'après les textes et surtout d'après l'esprit de la loi, ni le tuteur, au cas d'interdiction du mari, ni les héritiers présomptifs au cas d'absence de celui-ci ne possèdent la faculté de désavouer l'enfant parce que l'action en désaveu compète au mari seul tant que la preuve régulière de sa mort n'est pas rapportée.

Quelle est la valeur de ce système au point de vue social ? Ne conviendrait-il pas, en se plaçant sur ce nouveau terrain, de transmettre le désaveu à ceux qui, après le mari, sont le plus propres à exercer ce pouvoir de haute magistrature domestique ?

La question facile à trancher si un doute, si petit qu'il soit, affecte l'illégitimité (ce doute doit

profiter à l'enfant car alors personne autre que le mari n'est en mesure d'affirmer sans grand risque d'erreur, que la naissance est le produit d'un adultère) devient presque insoluble lorsqu'il est constant aux yeux de tout le monde que l'époux n'est pas le père de l'enfant. A cet effet capital de l'institution du mariage qui consiste à établir un rapport certain entre le père et l'enfant, faut-il donner un caractère de vérité assez puissant pour résister même au démenti formel de faits évidents, tels que l'éloignement ou l'absence dont la durée s'est prolongée pendant la période totale de la conception ?

En faveur de la négative, on peut invoquer de sérieux arguments. Il est immoral d'attribuer des conséquences aussi scandaleuses à l'inconduite d'une femme de mœurs honteuses, il est injuste de laisser sans défense la famille légitime, enfin c'est avilir le mariage et en rabaisser la dignité que de le faire servir à couvrir de sa protection une illégitimité notoire.

Ces considérations paraissent d'une gravité extrême. On en exagère l'importance cependant, en ne tenant pas compte d'autres raisons qui en diminuent le poids.

Qui ne voit le danger que court la société si l'on confie le désaveu soit au tuteur de l'interdit, soit aux héritiers présomptifs de l'absent ? Ces person-

nes agissant le plus souvent pour de l'argent ne sont pas retenues par le frein de leur propre honneur ; il ne s'agit pas pour eux d'une question de paternité. La raison fondamentale de l'action que la loi donne au mari est précisément l'état que crée pour lui la présomption *Pater is est...* Pour tout autre, cette base indispensable et logiquement nécessaire disparaît. Combien d'enfants seront adultérins, qui ne l'auraient pas été si le principal intéressé avait été là pour prendre une décision ! Car, on ne doit pas l'oublier, souvent le mari, bien que sachant pertinemment qu'il a été étranger à la conception, préfère étouffer ses sentiments de colère, soit pour le fils qu'il veut adopter généreusement et soustraire aux misères auxquelles il est condamné au seuil de la vie, soit même pour la mère à laquelle il veut pardonner et épargner la suprême honte d'une sanction judiciaire.

En augmentant le nombre des individus dont l'origine adultérine est légalement constatée, on risque de compromettre l'homogénéité, l'unité du grand corps social et de jeter la discorde dans son sein. On en menace la sécurité et le bon ordre en y développant une force parallèle composée d'êtres sans nom, sans fortune, sans famille, déshérités de tout droit, privés de soutien, livrés à leurs instincts que ne réprime aucune éducation et qui,

aussitôt qu'ils ont conscience du sort injuste qui leur est fait, ne cherchent qu'une occasion de se venger.

Nous croyons donc que l'action en désaveu doit rester intransmissible parce qu'elle crée des enfants adultérins qui sont le rebut de la société et ne jouissent pas des conditions normales pour vivre honnêtement.

Mais nous approuverions la réforme qui déclarerait *illégitimes* ceux qui naissent plus de trois cents jours après la *disparition* de l'absent. La présomption de paternité ne doit découler que d'un mariage dont l'existence et le maintien sont certains à l'époque de la conception. La bâtardise de ces enfants serait simple et non pas adultérine, leur condition serait donc beaucoup plus avantageuse que celle qui leur est faite à la suite d'un désaveu.

Après la mort du mari, que devient le droit d'agir en désaveu ?

Logiquement le sort qui devait lui échoir alors dépendait d'un choix à exercer entre deux alternatives possibles. On pouvait, ou la regarder comme éteinte à cause de l'élément moral qui la caractérisait et à l'exemple de l'action en nullité relative du mariage (art. 180), ou au contraire la faire passer franchement à un intéressé quelconque parce que l'intérêt moral du mari avait dis-

paru. Au lieu de cela, après une vive discussion qui donna lieu d'abord à l'adoption successive de ces partis, une transaction aboutit à l'admission d'un moyen terme. Les orateurs Duveyrier et Lahary firent remarquer que le désaveu formait une partie intégrante de la succession du *de cujus*, et l'action fut déclarée transmissible aux héritiers du mari, à la condition cependant que celui-ci fût décédé « avant d'avoir fait sa réclamation mais étant encore dans les délais utiles pour la faire » (art. 317).

Cette restriction allait de soi : une action qui a déjà été introduite et a reçu un jugement, ou une action éteinte par l'expiration des délais durant lesquels elle pouvait être intentée, ne fait plus partie de la succession de son titulaire : ce dernier est censé avoir usé de son droit. Mais il ne faudrait pas prendre à la lettre les expressions « avant d'avoir fait sa réclamation » et en conclure que le fait, par le mari, d'avoir introduit l'instance suffit pour paralyser le droit des héritiers. La mort a pu surprendre le mari avant que sa demande n'ait donné lieu à une décision judiciaire, auquel cas les héritiers peuvent continuer l'instance ou même l'abandonner en se soumettant aux délais qui leur sont propres.

L'action en désaveu devient pécuniaire entre les mains des héritiers. La vérité de cette proposition

ressort clairement de l'art. 317 qui exige de la part de l'enfant une affirmation de ses droits d'enfant légitime pour faire courir les délais vis-à-vis d'eux. Des conséquences importantes vont s'en déduire.

Par le mot héritiers, il faut entendre tous ceux qui recueillent effectivement une partie de l'universalité du patrimoine soit par succession *ab intestat*, soit par testament soit aussi par institution contractuelle, à l'exclusion de ceux qui sont de simples successeurs aux biens du mari : cette interprétation est commandée tant par le caractère exceptionnel de l'action en désaveu qu'en vertu des explications qui ont été données aux travaux préparatoires. « Le droit du mari disait Duveyrier doit nécessairement passer à ses héritiers *par l'effet de sa transmission héréditaire* » (1). Par conséquent les donataires ou légataires à titre particulier, parce qu'ils ne sont pas représentants du *de cujus*, ne jouissent pas du désaveu malgré l'intérêt qu'ils ont à désavouer, par exemple, pour empêcher la réduction des dispositions faites en leur faveur. Il en est de même de l'héritier légitime renonçant, indigne, ou enfin de celui qui est écarté de la succession par l'institution d'un légataire universel (2).

1. V. Loqué, tome VI, p. 299.

2. Cass. 3 mars 1874, Dall. 74. 1, 317.

La renonciation du légataire universel à l'action en désaveu ne pourrait être attaquée par les parents du mari sous le prétexte qu'elle est le résultat d'une collusion frauduleuse entre le légataire et l'enfant. Sans doute elle leur nuira peut-être eu égard aux successions collatérales qui s'ouvriront et que viendra réclamer l'enfant resté légitime. Mais le droit du mari passe à ses représentants tel qu'il était chez lui, c'est-à-dire susceptible d'une renonciation irrévocable et inattaquable.

On s'est demandé quelquefois si on ne devait pas faire une exception pour la mère appelée à l'hérédité du mari, en vertu de l'art. 767 alin. 1 (1), par application de la maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Les textes ne vont pas à l'encontre de cette opinion. Certes l'article 317 ne contient pas cette exception, mais elle résulte implicitement, croyons-nous, de l'article 318 qui suppose l'action dirigée contre l'enfant et en *présence de sa mère* (2) ; de fortes considérations morales achèvent de nous convaincre.

Puisque l'action en désaveu a perdu son élément moral après la mort du mari, les créanciers ou représentants des héritiers sont fondés à l'intenter au même titre qu'ils exerceraient toute autre

1. Ou de la loi du 9 mars 1891.

2. Tribunal Seine, 8 juillet 1860, *Gaz. des Tribunaux*, 12 juillet 1860.

action pécuniaire qui appartiendrait à leur débiteur ou représenté.

L'occasion s'est déjà offerte à nous de dire que le droit de désaveu transmis par le *de cujus* à ses successeurs était aussi plein entre leurs mains qu'il l'avait été entre les siennes. On a pourtant voulu soustraire à l'empire de cette règle (1), le désaveu qui a pour cause une impossibilité morale de cohabitation, parce que l'article 336 du Code pénal déclare que l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1851 a condamné cette erreur. Le texte invoqué concerne seulement la preuve de l'adultère tendant à une répression pénale et est complètement étranger au débat quand on prouve l'adultère à l'appui d'une demande en désaveu.

Enfin remarquons que la mort du mari avant la naissance de l'enfant ne fait pas obstacle au droit des héritiers ; pour le soutenir, on ne saurait arguer de ce que l'action n'ayant jamais appartenu au prétendu père, celui-ci n'a pu la transmettre. Certes on ne peut désavouer un enfant qui est encore dans le sein de sa mère parce qu'on n'a pas d'intérêt à le faire, ne sachant s'il naîtra viable. Mais l'action existe dès à présent à l'état éventuel et fait

1. Proudhon, tome 2, page 55. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 80.

partie comme telle du patrimoine du défunt. Sans doute le mari aurait pu renoncer à son droit plus facilement que les héritiers qui d'ordinaire n'hésiteront guère à en faire usage parce que le scandale ne retombe pas sur eux, mais peut-on présumer une renonciation de la part d'une personne qui ne pouvait agir ? Même dans l'hypothèse d'un recel de la naissance, le fait qu'il a eu lieu vis-à-vis des héritiers n'oppose pas une fin de non recevoir à la demande qu'ils basent sur l'art. 313. « Il suffit, dit l'arrêt précité, que la dissimulation ait eu lieu vis-à-vis de la famille, l'illégitimité de l'enfant ressortant en principe bien plutôt du secret qu'a gardé la mère que de l'ignorance où s'est trouvé le mari ».

§ 3. — *Des délais dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée.*

Il y avait de bonnes raisons pour renfermer l'action en désaveu dans des limites de temps très étroites. Outre que le désaveu constitue une arme des plus funestes et des plus dangereuses et mérite à ce titre d'être sévèrement réglementé, l'ordre public exige que l'état des individus ne demeure pas longtemps incertain. Aussi les délais qui lui

sont assignés sont-ils très courts vis-à-vis du mari comme de ses héritiers.

Le mari doit agir dans l'espace de temps qui lui est imparti par l'art. 316 et aux termes duquel « dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ; dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent ; dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant ».

Donc dans l'hypothèse ordinaire, si plus d'un mois s'est écoulé depuis la naissance de l'enfant sans que le mari n'ait agi, ce dernier est présumé avoir renoncé à son droit de désaveu soit parce qu'il s'est reconnu le véritable père, soit parce qu'il a préféré l'oubli au scandale. Le temps qui lui est laissé pour réfléchir sur le parti qu'il doit prendre est suffisamment long, si l'on songe qu'il a connu la grossesse de la femme.

Au contraire dans les deux autres cas que prévoit le texte, c'est-à-dire lorsque la naissance de l'enfant a été cachée au mari, ou lorsque celui-ci est absent au moment de l'accouchement, il est tout naturel, d'un côté, de modifier le point de départ du délai en le reportant au moment où l'accouchement a été connu du mari, d'autre côté, d'augmenter ce délai, d'un mois, parce que l'époux ayant ignoré la grossesse de sa femme n'a pu, dès

cette époque s'enquérir des faits qui allaient à l'encontre de sa paternité.

Est-ce au mari d'établir la date à laquelle il a connu la fraude ou l'époque à laquelle il était de retour sur les lieux de la naissance ? ou bien est-ce au défendeur à prouver que la demande a été introduite plus de deux mois après le retour du mari ou la découverte de la fraude ?

Cette question que la jurisprudence (1) tranche dans le second sens, en alléguant le principe de procédure qui oblige le défendeur à démontrer le bien fondé de son exception « *Reus in excipiendo fit actor* », nous paraît au contraire devoir être décidée contre le désavouant. La disposition de l'al. 1 de l'art. 316 qui fait courir le délai à partir de la naissance forme le droit commun, et les deux autres règles contenues au texte ne sont que des exceptions. Or toutes les fois que le demandeur invoque le bénéfice d'une exception, c'est à lui de prouver qu'il se trouve dans les conditions et dans les termes de cette exception.

Il appartient aux tribunaux d'apprécier si le mari était véritablement absent à la date de l'accouchement et à quelle époque il était de retour,

1. Tribunal de Lyon, 17 janvier 1890 (V. *Moniteur de Lyon*, du 19 février 1890). Tribunal de Versailles, 16 juin 1896. (V. *Gaz. des Tribunaux* du 29 octobre 1896). Paris 25 février et 3 mars 1897 (V. *Gaz. des Tribunaux* du 13 mars 1897).

s'il y a eu recel de la naissance et quand la fraude a été découverte.

Contentons-nous de poser en principe que cette découverte ne résulte pas de simples soupçons mais d'une connaissance certaine de l'accouchement acquise par exemple par la délivrance d'un extrait de naissance de l'enfant ou l'aveu de la mère au mari (1).

De l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 316, on est en droit d'induire qu'au cas de séparation de corps, c'est du jour où l'accouchement a été appris en fait par le désavouant que doit courir le délai ; en effet, en raison de la non cohabitation des époux, il est très rare que le mari sache l'évènement aussitôt qu'il se produit et c'eût été supprimer la cause de désaveu qu'avait innové la loi de 1850 que d'exiger pour ce cas le départ du délai à la date de la naissance (2).

Les héritiers du mari sont plus favorablement traités que leur auteur, puisque vis-à-vis d'eux, le délai pour contester la légitimité de l'enfant est toujours de deux mois. Néanmoins c'est encore la brièveté qui caractérise le terme accordé pour désavouer et l'explication en est facile : généralement les intérêts pécuniaires des successeurs du

1. Lyon 21 janvier 1886, Dall. 87, 2, 1. Paris 25 février et 3 mars déjà cité.

2. Grenoble, 8 décembre 1881. Dall. 82, 2, 153.

mari commanderont d'agir vite et impitoyablement sans crainte d'attirer le déshonneur sur une famille dont le chef n'est plus là pour en sentir la gravité, et surtout l'état des personnes ne doit pas être laissé longtemps à la merci de parents souvent éloignés, parfois même étrangers.

Tout acte de l'enfant ou de son représentant qui manifeste suffisamment l'intention d'user des avantages dont jouit la légitimité, et qui, par suite, vient contredire les droits des héritiers, sert de point de départ à ce délai. Nous employons à dessein une formule plus large que semble ne le permettre au premier abord l'article 317 ainsi conçu : « Les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession ». Ce texte ne vise en effet directement que les prétentions de l'enfant qui s'élèvent à la succession du mari, mais il convient raisonnablement d'en généraliser les termes. L'idée qui réside au fond est celle-ci : un intérêt pécuniaire *né et actuel* est nécessaire pour faire courir le délai. Or cet intérêt existe incontestablement quand l'enfant réclame la succession d'un parent collatéral du mari (1). Ceci d'ailleurs ne souffre

1. Cass. 10 mai 1887. Sir. 88,1,97.

pas de difficulté. Voici au contraire l'objet d'une grave controverse.

Les héritiers du mari sont-ils obligés d'attendre, pour former leur action, que l'enfant vienne à se prévaloir ouvertement de sa légitimité et mette ainsi leurs droits en échec ?

Avant de répondre, il est utile de séparer une hypothèse voisine qui reste en dehors du débat : celle où le mari meurt avant d'avoir obtenu un jugement sur la demande qu'il avait déjà introduite. Dans l'espèce, en supposant que l'instance n'est pas périmée, ses successeurs pourront, sans plus tarder, continuer celle-ci. En effet c'est l'action en désaveu de leur auteur dont ils reprennent le cours, ce n'est pas la leur qu'ils exercent.

Ceci dit, abordons le problème posé.

Dans le sens le plus favorable aux héritiers, et qui est celui de la jurisprudence et de la majorité des auteurs, (1) on dit que le seul fait de la possession d'état d'enfant légitime (2), dont jouit leur adversaire, est de nature à inspirer dès à présent aux héritiers des craintes sérieuses pour leurs droits successoraux et constitue l'intérêt né et actuel re-

1. Cass. 5 avril 1854. Dall. 54, 1, 93. Cass. 10 mai 1887, précité. Demolombe, tome 5, p. 160. Demante, tome 2, n° 43 bis XIII, Aubry et Rau, tome 6 par. 545 bis p. 59.

2. Nous n'examinons que le cas où l'enfant possède un acte de naissance attributif de filiation maternelle.

quis à l'effet d'intenter le désaveu. D'un moment à l'autre, et cela jusqu'à l'achèvement de la prescription trentenaire, l'enfant qui a pour lui la présomption *Pater is est...* et conséquemment la saisine, a la faculté d'agir en pétition d'hérédité ou de s'installer dans les biens héréditaires. S'il se sait à l'abri d'un désaveu tant qu'il ne manifestera pas ses prétentions successorales, il se gardera bien de brusquer les choses et attendra patiemment la mort des personnes qui peuvent témoigner contre lui, ou l'altération de leurs facultés mentales, en un mot favorisera le dépérissement des preuves. Et quand l'occasion propice se présentera, c'est alors qu'il se posera en adversaire déclaré des héritiers de son prétendu père, les laissant ainsi sans défense. Tel est l'argument principal que fournissent les arrêts. On s'en prend aussi à l'art. 317 qui d'après ce système, dit bien que la prescription ne court contre les héritiers qu'à partir du moment où leurs droits pécuniaires sont directement atteints, mais ne dit pas que l'introduction de la demande en désaveu est subordonnée à l'existence d'un trouble émanant de l'enfant.

Il nous semble difficile de nous rallier à ce système. L'action en désaveu, il ne faut pas le perdre de vue, devient une action relative aux biens, lorsqu'elle est transmise aux héritiers. Ce n'est qu'à

regret que le législateur a consenti à la laisser survivre au décès du seul titulaire qui soit fondé en raison. Nous l'avons déjà dit, elle ne devait pas dans le projet appartenir même aux héritiers et ce n'est qu'à titre transactionnel que les adversaires de la transmissibilité, sur l'observation pressante qui leur fut faite dans le camp opposé que le droit de succession était un droit de propriété, ont fini par céder. Leurs vives résistances démontrent jusqu'à l'évidence que l'action désormais ne peut être formée que sur un intérêt né et actuel et non pas sur un intérêt purement éventuel. De simples appréhensions, des craintes peut-être chimériques ne sont pas de nature à constituer un intérêt *pécuniaire déjà existant*. Comment s'expliquerait-on que le code qui a limité si étroitement le temps accordé au mari pour désavouer, eût augmenté le délai d'une durée indéfinie en faveur d'une catégorie d'intéressés pour lesquels au contraire une réglementation plus sévère s'imposait ? Car ceux-ci ont-ils des moyens d'appréciation aussi sûrs que le mari en possède, et surtout partagent-ils les mêmes hésitations que lui avec des responsabilités morales beaucoup moindres ?

Enfin l'art. 317 ne comporte pas, selon nous, l'interprétation que lui donne la jurisprudence : il indique clairement l'espèce d'intérêt qui peut laisser passage à l'action, en disant que les héritiers

auront deux mois à partir du jour où leur possession sera *troublée*.

Il n'est pas toujours nécessaire, pour échapper à la déchéance qui résulte de l'expiration de ces délais, d'introduire pendant leur durée une demande en justice : la loi a offert au désavouant le moyen de les prolonger d'un mois, en ayant soin de dresser ou faire dresser un acte extra-judiciaire authentique ou sous seing privé et qui n'a même pas besoin d'être signifié au défendeur : la seule condition qu'il doit remplir, et qui s'explique par la fonction à laquelle il est destiné, est d'avoir date certaine au dernier jour des délais fixés par les art. 316 et 317. Pourquoi ce détour ? N'était-il pas beaucoup plus simple d'augmenter tout de suite d'un mois les délais dans lesquels on doit intenter l'action ? Non, le code a fait preuve d'une grande sagesse en prenant ce biais : il a permis de cette manière aux intéressés qui auraient fait le premier pas de s'arrêter à temps, avant de consentir à mettre en mouvement d'une façon irrévocable une action dont les conséquences sont aussi graves. On revient plus facilement sur un acte qui n'est connu de personne ou du moins qui n'est connu que des défendeurs, que sur une demande judiciaire aussitôt répandue dans le public.

§ 4. — *Contre qui peut-on intenter l'action en désaveu.*

Le défendeur à l'action en désaveu est la personne dont l'état est contesté. C'est donc contre l'enfant ou son représentant qu'elle doit être dirigée. L'article 318 porte à ce sujet : « Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers sera comme non avenu, s'il n'est suivi dans le délai d'un mois d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en présence de sa mère ».

Presque toujours l'enfant désavouable est mineur, c'est pourquoi la loi statuant « *de eo quod plerumque fit* » n'a prévu que ce cas là, et en conséquence, a donné à l'enfant un représentant pour défendre à l'action. Mais si, par exception, celui-ci avait atteint sa majorité lors de la demande, c'est contre lui-même qu'elle serait portée.

Cette exigence d'un tuteur *ad hoc* se comprend parfaitement quand le mariage existe encore ; en effet le père, qui légalement représente l'enfant, ne peut intenter un procès contre lui-même — ou lorsque, le mariage étant dissous, c'est l'époux survivant qui a la tutelle, car il est partie à l'instance ; — mais si la tutelle a été confiée à un tiers qui n'est parent ni du mari, ni de la mère, il est plus difficile d'expliquer la nécessité de nommer un

tuteur spécial à l'enfant. Néanmoins l'article 318 est formel, et il n'est pas permis d'y déroger même pour cette hypothèse.

Dans un procès où il y va de la légitimité d'une personne, on ne saurait trop assurer les droits de la défense. Pour que ce principe de justice trouvât ici son application, il faudrait que la nomination du tuteur *ad hoc* émanât d'une autorité désintéressée et impartiale.

Le silence de la loi à cet égard a été mis à profit par les auteurs.

Dans une première opinion (1), ce n'est pas le conseil de famille qui est compétent pour désigner le tuteur *ad hoc*, c'est le tribunal. L'article 405, dit-on, ne concerne que la tutelle ordinaire ; une disposition expresse serait nécessaire pour déroger à cette règle et certes ce n'est pas l'occasion d'admettre une dérogation implicite. De quels membres se compose en effet le conseil de famille ? De parents paternels et de parents maternels en nombre égal. Or les uns et les autres sont intéressés à voir réussir l'action en désaveu, puisque l'enfant désavoué est exclu des successions auxquelles ils ont droit à son défaut. Les garanties qu'on peut attendre d'une pareille assemblée sont nulles.

1. Laurent. *Principes*, tome 3, n° 453. Demolombe, tome 5, n° 166 et 167.

D'autres (1) proposent un système éclectique. Pour eux, ce sera bien le conseil de famille qui élira le tuteur *ad hoc*, mais sa composition ne se fera pas d'après les règles ordinaires. On éliminera tous les parents paternels, parce que la paternité du mari est en question et qu'ils ont un intérêt évidemment contraire.

Si nous avons à choisir entre les deux systèmes, c'est le premier que nous préférierions.

Il n'est pas vrai de dire avec M. Marcadé que les parents du mari ne sont pas ceux de l'enfant qu'on désavoue, car celui-ci est réputé légitime jusqu'à ce qu'il y ait un jugement passé en force de chose jugée. Et d'ailleurs, si on devait le considérer comme illégitime, on ne verrait pas pourquoi on n'exclurait pas aussi du conseil de famille les parents maternels. Etant admis que c'est le conseil de famille qui a compétence pour nommer le tuteur *ad hoc*, il est impossible de lui assigner, sans tomber dans l'arbitraire, une composition contraire à celle qu'indiquent les articles 407 et suivants, quelque inconvénient qui en sorte.

Quant à l'opinion qui veut que ce soit le tribunal qui désigne le tuteur *ad hoc*, c'est celle qu'aurait dû adopter le législateur, mais il eût fallu qu'il le dît expressément. A défaut d'une disposition

1. Marcadé. Tome 2, p. 23. Caen, 22 décembre 1880. Sir. 81, 2, 161.

formelle, on est obligé d'appliquer le droit commun qui réside dans le chapitre de la tutelle où sont exposées d'ensemble les règles qui gouvernent la nomination des tuteurs (1). Au conseil de famille composé moitié de parents paternels, moitié de parents maternels (2), revient la fonction d'élire ce tuteur *ad hoc* sans qu'on ait à distinguer s'il s'agit d'un désaveu péremptoire ou non, car dans tous les cas la présomption : *Pater is est...* protège l'enfant jusqu'au jugement (3).

En présentant ce système comme le seul vrai, nous n'avons pas l'intention d'en vanter les avantages. Nous reconnaissons au contraire qu'il est susceptible de compromettre les droits de l'enfant et ceux de la mère, puisqu'il conduit, comme on l'a dit avec beaucoup de justesse, « à introduire les ennemis dans la place ». C'est faire preuve de trop d'optimisme que de répéter pour sa défense avec la cour de cassation, « qu'il est possible de concevoir raisonnablement que la réunion du conseil de famille aboutira parfois à l'étouffement du procès ». Il faut, en effet, compter avec les pas-

1. Cass. 10 mai 1887. Sir. 88-1-97.

2. Toutefois si la filiation maternelle n'était pas établie par un acte de naissance, le conseil de famille se composerait uniquement des amis du père et de la mère de l'enfant, car dans cette situation, celui-ci n'a légalement ni parents maternels, ni parents paternels.

3. Dijon. 24 janvier 1887. Dall. 87-2-288.

sions humaines. Mais les textes ne nous permettent pas d'en enseigner un autre. L'art. 968 du code de procédure civile qu'on invoque contre nous parce qu'il décide dans un cas *spécial* où une opposition d'intérêts existe entre le mineur et son tuteur ordinaire, que le tuteur *ad hoc* sera nommé par le conseil de famille, n'est pas concluant ; loin d'être une dérogation au droit commun, il est un rappel à ce droit commun.

L'enfant n'est pas le seul contradicteur naturel à l'action en désaveu ; il y a encore la mère dont l'honneur est discuté puisqu'on l'accuse d'adultère. Néanmoins, comme l'action n'est pas dirigée contre elle, il n'est pas nécessaire de l'assigner en justice dans les délais impartis par la loi. Sa présence est tout au moins requise avant que l'instruction du procès ne commence, et l'enquête à laquelle il serait procédé en son absence n'aurait aucune valeur : nul autre que la mère est plus capable d'éclairer les juges dans un débat aussi plein d'obscurités.

§ 5 . — *Fins de non recevoir.*

En dehors des fins de non recevoir que prévoit l'article 314 et qui sont particulières au désaveu d'un enfant conçu avant le mariage, n'y a-t-il pas

des exceptions qui sont opposables à toute demande en désaveu ?

La non-viabilité de l'enfant, le défaut de qualité du demandeur, l'expiration des délais accordés pour agir sont autant de raisons que peut invoquer le défendeur pour faire rejeter l'action « *in limine litis* ».

Mais que faut-il penser à cet égard d'une reconnaissance expresse ou tacite de paternité ?

Quant à la reconnaissance expresse, aucun doute ne peut s'élever, pourvu qu'elle soit l'œuvre d'une volonté libre et intelligente car l'aveu qui en résulte n'est pas soumis à une interprétation susceptible d'erreur. Elle sera contenue valablement dans un acte sous seing privé, l'article 334 ne concernant que la reconnaissance qui s'applique aux enfants naturels. Nous hésitons au contraire à regarder comme une fin de non recevoir générale l'aveu qu'on prétendrait tirer d'un acte du mari, comme par exemple de la présence de ce dernier à la cérémonie du baptême de l'enfant, d'abord parce que le code n'en a parlé que dans une hypothèse spéciale et favorable (art. 314) et surtout parce qu'il est toujours permis de mettre en doute la force probante de tels actes.

Il nous reste à étudier une question fort importante et très délicate.

Le décès de l'enfant survenu avant qu'un juge-

ment n'ait prononcé le désaveu contre lui, est-il suffisant pour entraîner l'extinction de l'action en désaveu que le mari se propose d'intenter ou qu'il a déjà introduite ?

Comme on le voit, le problème peut être envisagé sous un double aspect, et on pourrait concevoir la possibilité d'une solution différente à donner, selon la face sous laquelle on vient à l'examiner.

Supposons, en premier lieu, que la mort de l'enfant survienne en cours d'instance, après que le mari a porté l'action en justice. Cette espèce s'est présentée devant la cour de Rouen le 15 mai 1895. Le demandeur invoquait deux sortes d'intérêt : l'intérêt moral qu'il avait à faire rayer des registres de l'état civil le nom de l'enfant qui y était inscrit comme son fils et l'intérêt matériel qui résulterait de la constatation de l'adultère de sa femme, en décidant du sort d'une action en séparation de corps actuellement pendante devant les mêmes juges. Mais la cour rejeta ses prétentions en alléguant que l'action n'avait plus d'objet. D'une part, l'intérêt moral du mari ne subsistait plus du moment que la poursuite n'était plus dirigée contre une personne vivante dont la présence dans la famille pouvait être, par elle seule, une offense et une humiliation pour celui qui en déclinait la paternité ; d'autre part, les pouvoirs du

tuteur *ad hoc* étaient expirés car la mort du mandant met fin au mandat, il n'y avait donc plus de défendeur à l'instance. Enfin l'arrêt alléguait encore, à l'appui de sa décision, qu'il n'y avait pas de motifs sérieux pour désavouer un enfant mort, dès l'instant que la loi ne permettait pas de désavouer un enfant né non viable.

Ces arguments sont beaucoup plus spécieux que vrais. L'action en désaveu a pour but, entre les mains du mari, d'assurer la pureté de la famille dont il est le chef, d'en chasser les éléments étrangers qui tendraient à s'y incorporer, et dont il a pour mission d'en faire disparaître jusqu'aux dernières traces. Le décès de l'enfant diminue sans doute l'intérêt moral du mari mais ne l'éteint pas, surtout, lorsque celui-ci a sous les yeux un titre légal qui lui attribue une paternité qu'il repousse et réveille perpétuellement le sentiment de son honneur outragé.

La loi ne dit nulle part que cet événement soit une cause d'extinction de l'action en désaveu, ni expressément, ni même implicitement car la différence de situation entre l'enfant qui naît non viable et celui qui meurt après être né capable de vivre « *habilis vitæ* », empêche qu'on étende au second, par voie d'analogie, les dispositions qui s'appliquent au premier relativement à la question qui s'agite. L'un est regardé comme n'ayant jamais

vécu, l'autre au contraire, quelque courte qu'ait été la durée de sa vie, a été « *in rerum natura* » et comme tel a pu être le sujet de droits importants, notamment de droits de succession. La non-viabilité a peut-être eu pour cause déterminante une durée de la grossesse inférieure à la durée minima que présume le législateur et qui constitue un des éléments d'appréciation quand on se demande s'il y a lieu à désaveu. Il y a donc moins de raisons pour désavouer l'enfant né non viable.

Enfin, comme le dit, dans un de ses motifs, l'arrêt de la Cour suprême (1) qui a cassé celui de la Cour de Rouen, il est faux de prétendre que le décès de l'enfant met fin à la fonction du tuteur *ad hoc* de telle sorte que le procès ne peut plus se poursuivre faute de défendeur car « le tuteur *ad hoc* étant l'organe nécessaire institué par l'article 318 avec la mission spéciale et unique de contredire à l'action du mari, « sa fonction persiste aussi longtemps qu'elle a occasion de s'exercer. »

Faut-il donner au problème une solution identique lorsque la mort de l'enfant arrive avant que la demande n'ait été intentée ?

Bien qu'il ne s'agisse plus ici seulement de continuer une instance qui a été ouverte du vivant de

1. Cass. 18 mai 1897. La loi du 5 juin 1897.

V. aussi en ce sens Nîmes, 10 juin 1895. *Gaz. des Tribunaux* du 8 juillet 1895.

l'enfant, bien que par suite l'adage romain « *actiones quæ morte pereunt, judicio semel inclusæ, salvæ permanent* » ne soit plus là pour conseiller l'affirmative, cependant nous n'hésitons pas à admettre que le désaveu peut être exercé quand même, pour les raisons que nous avons exposées lorsque nous avons examiné la première face de la question : le mari a un intérêt moral, quelquefois même un intérêt pécuniaire à prouver que l'enfant né de sa femme n'est pas le sien ; cela suffit. Les fins de non recevoir sont limitativement déterminées par la loi (1). Le défendeur sera ordinairement la mère, car on ne peut songer à nommer un tuteur *ad hoc*.

§ 6. — *Compétence. Procédure.*

L'action en désaveu étant une action personnelle doit être portée devant le tribunal civil du défendeur, conformément à l'art. 59 du code de procédure c'est-à-dire devant le tribunal du domicile du mari quand l'enfant est mineur (2) car le tuteur *ad hoc* n'est pas le véritable défendeur (art.

1. Tribunal de la Seine, 22 mars 1887. *Gaz. du Palais*, 87-2, suppl. 2.

Tribunal d'Angers, 20 mai 1895. *Gaz. Tribunaux* du 28 septembre 1895.

2. Paris, 18 juin 1884. *Sir.* 84-2-160.

108). Nous croyons que c'est encore la personne du mari qui fixe la compétence du tribunal lorsque le désaveu est le résultat obligé d'une simple constatation matérielle, ce qui arrive lorsqu'il a pour base une impossibilité physique de cohabitation pendant la période légale de conception, ou une naissance postérieure de moins de cent soixante-dix-neuf jours à la célébration du mariage ou à la séparation légale des époux ; la présomption : *Pater is est...* subsiste en effet jusqu'au jugement qui la détruit (1).

Comme toutes les actions d'état, celle en désaveu doit être jugée en appel par la cour siégeant en audience solennelle (Article 22, décret du 30 mars 1808). La jurisprudence, malgré ce texte qui est conçu en termes absolus et généraux, y apporte une exception que, selon nous, ne justifie pas d'une manière satisfaisante le principe procédural d'après lequel le juge de l'action est juge de l'exception et doit connaître des moyens allégués à l'encontre de la demande. D'après elle, la forme de l'audience solennelle en appel ne convient pas au désaveu (comme à toute question d'état) lorsqu'il est soulevé, au cours des débats, incidemment à une demande principale qui ne

1. Cependant si la maternité était incertaine, à défaut d'acte de naissance attributif de filiation maternelle, ce serait le domicile du tuteur *ad hoc* qui fixerait la compétence du tribunal.

comporte pas cette garantie, à moins que la question d'état ne devienne, « par l'effet des conclusions prises par les parties, l'objet principal et dominant du procès » et n'appelle une décision spéciale des juges. Cette distinction, outre qu'elle n'a pas de critérium certain (1), est contraire à l'esprit du décret du 30 mars 1808 qui a voulu entourer de plus de garanties le jugement qui statue sur une action d'état à cause de la gravité des intérêts qui sont mis en jeu. La loi n'avait pas à distinguer si la question d'état était posée principalement ou incidemment, puisque dans les deux cas l'autorité de la chose jugée est la même (2).

§ 7. — *Effets du jugement de désaveu.*

A. — *Autorité de la chose jugée.* -- Un jugement a été rendu sur une action en désaveu introduite du chef du mari ou du chef de ses héritiers ; il a été favorable à la demande, ou au contraire, l'a rejetée. Quelle est l'étendue de son autorité vis-à-vis des personnes intéressées à s'en prévaloir ou à le combattre ?

1. Compar. Cass. 29 juillet 1874. Dall. 75-1-320 et 26 juillet 1895. Dall. 65-1-495.

2. V. M. Balleydier. *Les questions d'état devant les Cours d'appel*, p. 23 et suiv.

Nous touchons au problème délicat de l'autorité de la chose jugée en matière de questions d'état.

Disons de suite que le principe de relativité des jugements consacré par l'article 1351, bien que placé au titre des contrats et obligations n'est pas exclusivement réservé aux litiges qui ont pour objet le patrimoine. Cette règle d'équité et de bon sens que nul ne peut être condamné sans avoir pu se défendre gouverne tous les arrêts de la justice humaine, à moins qu'une disposition formelle n'y apporte une exception expresse ou implicite.

Ceci posé, prenons successivement les espèces où les parties qui figurent à l'instance sont différentes.

L'action en désaveu, avons-nous vu, est concentrée entre les mains du mari tant qu'il vit. S'il vient à l'exercer, le jugement qui intervient contre ou en faveur de l'enfant ou de tous ses héritiers peut être invoqué par tous les intéressés et leur est opposable. Ni les héritiers du mari, ni les parents paternels ou maternels de l'enfant, ni l'ayant cause à titre particulier de l'époux, donataire ou légataire, ne peuvent se soustraire aux conséquences qu'on est en droit de tirer contre eux d'une décision dont l'autorité fait loi. « *Placet ejus rei judicem jus facere* », disait la loi romaine. (L. I,

p. 16, L. 2 et 3. *De agnoscendis liberis* au Dig.) en parlant du jugement rendu sur la demande du *paterfamilias* dans le but de chasser de la famille un enfant dont il déclinait la paternité. Cet effet absolu est facile à expliquer. Le mari a pour mission de sauvegarder les intérêts familiaux dont le vaste réseau vient aboutir à sa personne en qualité de chef. La loi l'a institué l'unique représentant de tous les intéressés à contredire l'état de l'enfant parce que son intérêt prime tous les autres et que ceux-ci conséquemment lui sont subordonnés et doivent suivre son sort. Elle s'en est remise pleinement, avec une confiance aveugle, à son appréciation personnelle dans le soin de décider d'une question où son honneur est mêlé ; quoi de plus naturel dès lors que ce qui est jugé avec lui le soit *erga omnes* !

Il ne faudrait pas en conclure qu'il y a là une dérogation à l'article 1351. Un simple raisonnement suffit à montrer que la règle de l'autorité relative de la chose jugée est respectée ou plutôt qu'elle est hors de cause. Si en effet, la décision qui intervient sur une action dont le caractère est de n'appartenir qu'à un seul individu n'était pas opposable « *erga omnes* », elle n'aurait toujours qu'un effet très restreint et incomplet, personne n'ayant plus la capacité de renouveler le débat. En supposant, par exemple, que le désaveu ait été pro-

noncé, l'enfant ne pourrait jamais être illégitime que dans ses rapports avec le mari. Après avoir déclaré *ab initio*, qu'en raison de son caractère exclusivement moral, l'action était l'unique privilège de ce dernier, il fallait de toute nécessité, sous peine de mettre en contradiction la conclusion avec sa prémisse, étendre la force du jugement à tout intéressé.

La présomption *Pater is est...* devient, après la mort du mari, exposée aux attaques de ses héritiers. Le fait que l'action n'est plus le privilège d'une seule personne, mais compte un certain nombre de titulaires n'est pas sans influence sur la portée des décisions que les tribunaux rendront. Celles-ci ne jouiront de l'autorité absolue qu'autant que tous les héritiers auront pris part à l'instance soit de leur propre chef, soit sur l'initiative des juges qui, aux termes de l'art. 856 du code de procédure, ont la faculté d'appeler en cause tous les intéressés. Dans cette hypothèse comme dans la précédente, la présomption légale de légitimité a été renversée par tous ceux qui avaient le droit *exclusif* de la nier contre l'enfant, le litige n'est plus à débattre, la solution qu'il a reçue « *pro veritate habetur* ».

Mais, si quelques-uns des héritiers sont restés en dehors du procès, le jugement qui a suivi est, vis-à-vis d'eux : *res inter alios acta*. Ils ne sont pas

admis à s'en emparer si l'illégitimité en est résultée, de même qu'on ne peut le leur opposer si la légitimité en est sortie victorieuse, de sorte que l'état de l'enfant n'est à l'abri des contestations qu'après qu'il a été débattu avec tous les successeurs universels du mari. Jusque-là, l'enfant peut s'attendre, d'un moment à l'autre, à se trouver victime d'un jugement qui le déclarera illégitime dans les rapports des nouveaux demandeurs, alors qu'un tribunal plus favorable a proclamé une première fois sa légitimité à l'encontre de quelques héritiers du mari, et si cette éventualité vient à se réaliser, il aura légalement deux états différents, il sera légitime au regard des uns et illégitime au regard des autres.

Cette dualité d'état est aujourd'hui universellement reconnue comme une conséquence forcée du principe de l'autorité relative de la chose jugée posé en l'art. 1351, principe dont l'application aux questions d'état est confirmée par l'art. 100 qui restreint aux parties litigantes, les effets d'un jugement de rectification des actes de l'état civil. La théorie de l'indivisibilité de l'état qu'on a imaginée dans le but d'attribuer une force absolue aux décisions judiciaires qui concernent l'état des personnes, n'est pas soutenable en droit. Sans doute, en soi et d'une façon abstraite, l'unité de l'état est un fait indéniable ; un individu ne peut être à la

fois légitime et illégitime, il ne peut avoir deux pères en même temps, et quand on se place à ce point de vue, il est très vrai de dire que l'état est indivisible. Mais si on envisage l'état non plus en lui-même, mais dans les conséquences pécuniaires qui s'y rattachent et en font l'utilité pratique, on voit qu'il est parfaitement divisible. Si un individu ne peut être à la fois légitime et illégitime, rien n'empêche qu'il exerce ses droits vis-à-vis d'un parent, sans pouvoir les exercer vis-à-vis d'un autre. « Ce qui fait l'indivisibilité juridique, dit M. Demolombe, ce n'est pas la cause du droit mais son objet ; chaque fois donc que l'objet, que les matières sont divisibles, la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties qui y ont figuré, car l'indivisibilité n'apporte d'exception à cette règle que par suite d'une difficulté, d'une impossibilité d'exécution matérielle ».

Cependant il ne faudrait pas pousser trop loin la séparation du droit en lui-même, d'avec ses attributs pécuniaires. Ceux-ci ne l'absorbent pas complètement, derrière eux se dresse l'état proprement dit qui lui, est un, indivisible et permanent. L'assimilation des questions d'état aux questions de patrimoine sous le rapport de l'autorité des jugements qui les concernent, manque souvent de justesse. Si le droit de propriété, comme tout droit réel, est opposable *erga omnes* (et cette propo-

sition n'est même pas rigoureusement exacte, puisque le droit de propriété a souvent sa source dans un contrat), la convention pécuniaire n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, ne nuit ni ne profite aux tiers (art. 1164), d'où il est bien naturel que le jugement qui s'y applique n'ait qu'un effet limité aux parties en cause ; au contraire l'état, qu'il réside dans le mariage ou dans la filiation, existe *erga omnes*, d'où il semblerait plus logique de dire que le jugement qui le concerne doit s'imposer à tout le monde. C'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'on ait invoqué l'indivisibilité de l'État, pour battre en brèche un système qui, néanmoins, paraît être celui du code à cause de la généralité des termes de l'art. 1351 et aussi d'un rappel à ce texte qu'on trouve dans l'art. 100.

Au contraire, nous avons de la peine à comprendre le raisonnement des auteurs qui allèguent la théorie du contradicteur légitime, pour soutenir que le jugement en désaveu intervenu sur la demande de quelques-uns seulement des héritiers du mari, a force de loi à l'égard des autres. Tous les héritiers ont un intérêt égal, aussi puissant, à désavouer l'enfant, et par suite sont « contradicteurs légitimes. » Donc si certains d'entre eux se sont tenus à l'écart du prétoire, on ne peut pas dire que la décision a été rendue par tous les contradicteurs légitimes et comme telle, a une autorité absolue. Notre solution est en complète harmo-

nie avec ce système, bien loin de lui être opposée.

Quelle sera, pour les tiers qui n'avaient pas à être mis en cause puisque l'action en désaveu leur était fermée, la situation de l'enfant qu'un jugement rendu avec certains héritiers seulement du mari a déclaré illégitime ? Seront-ils admis à s'en prévaloir, ou bien les contraindra-t-on à accepter la légitimité de cet enfant tant qu'elle n'aura pas été totalement détruite ?

C'est à cette dernière opinion qu'il faut se rallier. Comment, en effet, seraient-ils autorisés à s'emparer d'une décision que ne peuvent invoquer les héritiers qui sont restés dans l'inaction. Le législateur, en refusant le bénéfice du jugement aux personnes à qui il donnait le pouvoir de contester la légitimité a, par cela même et *a fortiori*, voulu le refuser à ceux qu'il privait de l'action. Ceci n'offre pas de difficulté.

Mais où l'embarras d'une solution apparaît, c'est quand les héritiers ayant exercé divisément leur action, il en est résulté deux jugements contraires, l'un prononçant l'illégitimité, l'autre conservant à l'enfant sa légitimité présumée. En équité il n'y a pas de raison pour accorder une force plus grande à la première décision qu'à la seconde. Elles s'équilibrent et par suite méritent la même autorité. Il est souverainement injuste de contraindre les

tiers, les parents maternels par exemple, à accepter un jugement qui leur est défavorable alors qu'il en existe un autre, de même valeur puisqu'il a été provoqué par des personnes jouissant des mêmes droits, et qui sert leurs intérêts.

Et cependant, c'est bien là le sort qui leur échoit dans l'opinion commune. Dans l'impossibilité où l'on est, de trouver une réponse qui concilierait tous les intérêts en présence, on est réduit à sacrifier ceux des tiers au profit de l'enfant. « *In dubio prævaleat favor partûs* ». « En effet, dit M. Valette (1), l'enfant que l'on veut désavouer a en sa faveur la présomption établie par l'article 312, et qui, à raison de la variété des jugements, n'a été qu'entamée et non entièrement détruite. Il est né au sein de la famille et l'on n'a pas réussi complètement à l'en expulser ».

Un état contradictoire pour l'enfant, une iniquité révoltante pour les tiers, tels sont les produits directs d'une législation qui transmet après la mort du mari, à une catégorie seulement d'intéressés, une action qu'elle aurait dû considérer comme éteinte à cause de la prédominance de son caractère moral, ou du moins, pour sauver la logique, qu'elle aurait dû accorder franchement à tout intéressé, lui reconnaissant alors un carac-

1. M. Valette sur Prudhon, tome 2, p. 67 note.

Sic. Aubry et Rau, tome 6, par. 545 bis, page 61.

tère exclusivement pécuniaire. Mais nous reviendrons sur ce point.

Enfin, si le mari ou tous ses héritiers ont obtenu un jugement qui désavoue ou qui rejette le désaveu contre ou en faveur d'une partie des représentants de l'enfant décédé, la présomption : *Pater is est...* reste intacte dans les rapports de tout intéressé à soutenir l'illégitimité de l'enfant avec chacun des héritiers de ce dernier qui n'ont pas concouru aux débats. Ceux-ci n'ont pu être condamnés sans avoir été entendus : l'issue du procès est vis-à-vis d'eux : *res inter alios acta*, et ne leur préjudicie pas. Au contraire tout individu intéressé au succès de l'action en désaveu, qu'il soit ou non héritier du mari, est admis à invoquer le jugement contre les représentants de l'enfant qui l'ont subi sur leur demande. Remarquons que la situation des tiers dans cette nouvelle hypothèse n'est pas beaucoup plus nette et plus équitable que dans la précédente. Supposons, en effet, un donataire du mari assigné en révocation de sa donation par les héritiers de l'enfant qui ont réussi à repousser le désaveu. Il ne sera pas autorisé à leur opposer un jugement antérieurement rendu contre les autres représentants, et devra subir la révocation pour le tout (art. 960) (1).

1. Bedel (*Traité de l'adultère*, p. 141, n° 78) tire de l'effet de la chose jugée en cette matière une conséquence notable. Si de

B. — *Effets du jugement de désaveu par rapport à l'enfant.* — Quelque puissante, quelque irréfragable que soit la présomption qui donne un père à l'enfant né pendant le mariage, il arrive cependant qu'elle se trouve tellement en contradiction avec les faits que son autorité vient à être détruite par un désaveu. Le résultat le plus regrettable qui se produise alors, c'est incontestablement le sort malheureux qui tombe sur l'enfant. Celui-ci, sauf le cas où son illégitimité a sa base dans une naissance précocce, est mis au rang très inférieur des enfants adultérins. Pour lui, il n'y a pas de famille, pas de père : défense lui est faite de le rechercher (art. 335 et 342); s'il vient à le connaître, on ne lui permet pas de s'appeler du même nom. C'est ce qu'a jugé un arrêt récent de la cour de Paris le 9 mai 1894 en interdisant à un enfant désavoué le droit de porter le nom de celui qui s'était déclaré son auteur dans l'acte de naissance (1).

Il ne lui reste donc plus qu'une mère, et une

deux jumeaux, l'un d'eux seulement a été désavoué par le mari et que l'autre ne puisse plus l'être à cause de l'expiration des délais, le second garde sa légitimité. Il y a là sans doute une contradiction entre le fait et le droit, mais qui ne doit pas nous arrêter. Etant admis et c'est bien certain, que les deux jumeaux ont chacun une individualité distincte, ce qui est jugé avec l'un ne l'est pas avec l'autre.

1. Paris 9 mai 1894, *Gazette des Tribunaux* du 15 juin 1894.

mère qui ne peut lui transmettre sa succession (art. 762), qui n'a pas la faculté de lui témoigner la générosité de son amour, si ce n'est en lui assurant des aliments de son vivant, ou en lui faisant apprendre un art mécanique, auquel cas et comme compensation, la loi retire à l'enfant le morceau de pain qu'elle lui accordait sur sa succession art. 908.

Quand on songe à la situation déplorable de cet enfant, on comprend davantage combien il était utile d'user de prudence et de ménagement en cette matière, et de ne permettre qu'en face d'une nécessité absolue, l'exercice d'une action dont les conséquences sont si funestes. Il nous sera prochainement donné le loisir de nous demander si le législateur français n'a pas reculé devant cette tâche, en laissant survivre le désaveu au décès du mari.

APPENDICE

Désaveu de l'enfant dont la filiation maternelle est établie par la preuve testimoniale.

Au cours de notre travail, nous avons toujours supposé un acte de naissance régulier à la base de la filiation maternelle de l'enfant, et nous avons constaté que l'induction de paternité qui résulte du rapprochement de ce titre avec l'acte de célébration de mariage de la mère, est assez forte pour résister à toute attaque autre que le désaveu.

Mais il y a d'autres manières de prouver la filiation maternelle : on peut l'établir soit par la possession d'état, soit par la preuve testimoniale.

La possession d'état, pour être efficace, ne peut se diviser, il faut qu'elle existe ensemble par rapport au père et par rapport à la mère ; elle est donc exclusive du désaveu, car le mari qui a toujours traité l'enfant comme étant le sien, qui l'a constamment appelé de son propre nom, a par là même renoncé à l'action en laissant expirer les délais dans lesquels il devait agir.

Au contraire, lorsque l'enfant doit sa filiation

maternelle à la preuve testimoniale, la présomption : *Pater is est...* qui milite en sa faveur n'est plus inattaquable.

A. — *A qui appartient ce désaveu spécial, dans quel temps et par quels moyens peut-on l'exercer.* — Elle perd même une grande partie de l'énergie qu'elle possède normalement. Plus n'est besoin de s'inscrire en désaveu pour en détruire les effets (1). Une action, très analogue à l'action en contestation de légitimité, dont l'exercice n'est plus soumis à des limites rigoureuses de causes, de temps, et de personnes, suffit à remplir ce but (2). Tout moyen de combat, dont la valeur est laissée à l'appréciation des juges, comme par exemple : l'allégation d'un adultère, de faits de non paternité indépendamment d'un recel de la naissance, est mis à la disposition d'un intéressé quelconque, donataire, légataire du mari, parent paternel ou maternel peu importe, et ce, dans un délai indéfini qui n'a pour borne que la prescription des intérêts pécuniaires quand ils servent de base à l'action (3).

Cependant un arrêt de la cour de Rouen du 14 mars 1877 a refusé aux collatéraux maternels le

1. Aix, 9 mars 1892. Sir, 93, 2, 129.

2. Demolombe, tome 5, n° 257.

3. Aubry et Rau, par. 544, tome 6, p. 21, note 15.

Cass. 11 avril 1854, Sir. 54, 1, 289.

droit, une fois la maternité prouvée, de faire rejeter la demande de l'enfant en établissant la non paternité du mari. Les juges ont dû se laisser influencer par les circonstances de la cause dont il s'agissait. Voici l'espèce :

Un enfant inscrit à l'état civil sous des noms supposés avait été reconnu par un tiers comme son enfant naturel. A une date ultérieure, deux époux, qui étaient séparés de corps au moment de la naissance, s'étaient déclarés par acte notarié auteurs légitimes de cet enfant. Puis la femme était décédée, laissant une sœur qui revendiquait sa succession. L'enfant s'y opposa par une action en réclamation d'état qui donna lieu à une instance où figurèrent successivement le mari et ses héritiers, ceux-ci confirmant expressément la reconnaissance légitime faite par l'époux. La maternité fut admise, mais comme dernier recours, l'intimée prétendit que la reconnaissance était sans valeur, comme frauduleuse. La cour rejeta ses moyens de défense en disant qu'il était superflu de provoquer une enquête, étant donné que les présomptions tirées des circonstances pouvaient utilement remplacer la preuve testimoniale.

Pour étayer sa décision, elle disait dans ses motifs que dès l'instant où le mari, juge souverain de son honneur, n'avait pas formé l'action en désaveu, « il n'appartenait à personne de son vivant et

moins au représentant collatéral de la branche maternelle qu'à tout autre, de relever un droit personnel à l'époux et de faire reconnaître indirectement l'adultère ».

Cette jurisprudence a confondu à tort, selon nous, la présomption de paternité de l'art. 312 et celle qui ressort de l'art. 325. Elles sont pourtant juridiquement distinctes. Tandis que la première ne peut être combattue que par certaines personnes et qu'au moyen de certaines preuves strictement déterminées, la seconde au contraire peut être renversée de toutes manières et par tout intéressé, parce qu'elle a une base plus fragile, due à la clandestinité de la naissance. L'art. 325 qui vise le cas du désaveu applicable à l'enfant qui n'a pas de titre attributif d'une filiation maternelle, et c'était bien ce texte qui était en cause dans l'espèce car une reconnaissance expresse de légitimité ne peut suppléer à la preuve testimoniale dans le but d'établir la filiation (1), est conçu en termes absolus. Il autorise le défendeur à l'action en réclamation d'état quel qu'il soit, sans distinguer s'il appartient à la branche paternelle ou à la branche maternelle, à prouver, une fois la maternité constante, que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. Les collatéraux maternels ont un

1. Paris, 23 mai 1873. Sir. 74, 2, 8.

intérêt d'autant plus fort à faire cette preuve que s'ils réussissent à convaincre les juges de la non paternité de l'époux, la demande *tout entière* de l'enfant devra être repoussée car autrement elle aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine prohibée par l'art. 342 (1).

Il est facile de trouver les raisons qui ont déterminé le législateur à se départir de sa rigueur dans cette hypothèse. C'est que l'enfant qui n'a pas de titre ni de possession d'état ne paraît pas être issu du mariage. Pourquoi ses auteurs ont-ils pris tant de soin à cacher dans l'ombre ce qu'ils avaient intérêt à mettre au grand jour, car il n'y a rien que d'honorable dans une paternité et une maternité légitimes ? Comment peut-on expliquer l'inscription de l'enfant à l'état civil sous des noms supposés sans faire intervenir l'idée d'une faute qu'il fallait à tout prix laisser ignorer au public ? Les travaux préparatoires enseignent que c'est bien là le motif qui a présidé à la rédaction de l'article 325. « Lorsque l'enfant, disait Bigot-Préameneu, n'a ni possession constante ni titre ou lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une présomption très forte qu'il n'appartient pas au mariage ». On peut ajouter que la preuve testimoniale tou-

1. M. Léon Michel à son cours.

jours soumise à deux chances d'erreur, la faillibilité de la mémoire et la mauvaise foi, ne donne jamais la certitude. Il était donc naturel de proportionner au degré de force de la vérité acquise les moyens de la contredire.

B. — *Limites d'application de l'article 325.*
— Puisque les règles rigoureuses qui gouvernent le désaveu sont écartées lorsqu'il est dirigé contre une personne qui n'a pas un titre régulier à invoquer pour sa légitimité, il est indispensable de se prémunir contre une application extensive de l'article 325. Ce texte vise trois hypothèses.

La première est celle où il n'a jamais existé d'acte de naissance. S'il a été perdu ou détruit, c'est l'article 46 qui entre en jeu. L'enfant n'ayant pas besoin de recourir à une action en réclamation d'état pour établir sa filiation maternelle, la présomption : *Pater is est*.... reposera sur le titre dont la perte ou la destruction sera prouvée, et aura l'autorité d'une présomption *juris et de jure* contre laquelle le désaveu proprement dit est seul possible.

S'il existe, mais que la mère y soit indiquée sous son nom de fille, ou comme naturelle, bien plus, son existence étant toujours supposée, s'il attribue à l'enfant un père autre que le mari, cette indication fût-elle étayée d'une reconnaissance, dans tous ces cas, la présomption légale de paternité conserve toute sa force, car l'acte de naissance

n'est pas destiné à prouver directement la filiation paternelle, mais uniquement la filiation maternelle. La seule condition *sine qua non*, qui soit requise pour que la présomption de l'art. 312 sorte ses effets tout puissants, est que ce titre donne à l'enfant pour mère une femme mariée, quelle que soit la manière dont elle y est désignée et quelles que soient les énonciations qu'il contienne relativement à la paternité (1).

Les deux autres hypothèses que prévoit l'art. 325 sont celles où l'enfant a été inscrit sur les registres civils sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus.

Dans ces trois situations en effet, il n'y a qu'une action en réclamation d'état qui puisse livrer passage à la légitimité, et le désaveu particulier dont nous nous occupons n'est admissible que comme défense à cette action.

C. — *Effets du jugement intervenu sur le désaveu de l'article 325.* — Les jugements qui sont rendus sur le désaveu proposé comme exception à une action en réclamation d'état n'ont jamais une autorité absolue. Rien n'empêche ici l'appli-

1. Cass. 1^{er} février 1876, Dall. 76, 1, 323.

Cass. 5 juillet 1879. Sir. 80, 1, 241.

Bordeaux 31 mai 1893. Dall. 94, 2, 551.

Demolombe, n^{os} 196 et suiv., p. 237.

cation du principe général énoncé en l'article 1351 puisque toute personne qui justifie d'un intérêt quelconque a le droit de contester la filiation paternelle lorsqu'elle est le résultat de la preuve testimoniale.

Pour ne pas apporter un hors-d'œuvre à notre sujet, nous nous contenterons de rappeler très succinctement les solutions admises sur ce point par la doctrine moderne.

Tout intéressé qui n'a pas été mis en cause dans une instance en réclamation d'état, n'est pas obligé de subir vis-à-vis de l'enfant ou de ses représentants, les effets de la présomption : *Pater is est...* qui milite en leur faveur depuis qu'il ont prouvé la filiation maternelle. Si donc, il vient à contester la légitimité par toute espèce de moyens tendant à établir que l'enfant n'est pas le fils du mari de sa mère, sa demande ne saurait être repoussée par « *l'exceptio rei judicatæ* ». De même et par juste réciprocité, celui qui n'a pas participé aux débats ne serait pas bienvenu à opposer cette exception à l'action en réclamation d'état de l'enfant qui a succombé une première fois (1).

Nous admettons ces solutions même dans le cas où les deux auteurs de l'enfant auraient pris part

1. V. cependant, Cass. 3 janvier 1866. Sir. 66. 1, 89 et aussi Rodière. *Solidarité et indivisibilité*, page 401 et suiv. (*Théorie de la représentation imparfaite*).

à la décision parce qu'il s'agit ici, nous le répétons, d'un désaveu spécial qui n'est plus réservé au mari seul comme l'est l'action en désaveu proprement dite.

En vain, dit-on, dans un système que les principaux intéressés représentent tous les autres et que ce qui est jugé avec eux l'est *erga omnes*. Cette théorie (1), sans compter les difficultés inextricables qu'on aurait à déterminer quels seraient « les contradicteurs légitimes » dont elle parle, ne peut trouver de base dans le code civil qui lui est au contraire manifestement hostile (art. 100-54). D'après l'article 322 l'état d'un individu peut être contesté, s'il n'est pas affirmé à la fois par un titre et par la possession d'état. Celui dont la légitimité repose sur la preuve testimoniale ne satisfait évidemment pas aux conditions qu'il devrait remplir pour que son état fût inattaquable. Tout intéressé peut donc faire cette contestation.

D'autre part, l'indivisibilité de l'état ne constitue pas davantage un argument suffisant contre l'effet relatif de la chose jugée. Nous l'avons déjà dit, l'état d'une personne est bien indivisible mais seulement quand on le dépouille des intérêts pécuniaires qui s'y rattachent.

Donc le jugement qui a été prononcé sur le dé-

1. Toullier. par., 216 et suiv., tome X. Bonnier. *Traité des preuves*. pag. 889.

saveu de l'article 323 ne profite, ni ne nuit aux intéressés qui n'y ont pas été parties. Ainsi un parent du mari pourra très bien contester la légitimité d'un enfant qui prétend arriver à la succession de son oncle paternel parce qu'il a obtenu gain de cause sur une action en réclamation d'état qu'il avait dirigée contre son prétendu père (1).

D. — *Le mari ou ses héritiers peuvent-ils désavouer un enfant qui n'a pas de filiation maternelle.* — Jusqu'ici, dans notre étude du désaveu, nous avons toujours supposé un enfant qui était en possession d'une filiation maternelle acquise soit au moyen d'un titre, soit au moyen de la preuve testimoniale.

En dehors de ces hypothèses normales, le mari a-t-il la faculté de désavouer ? Peut-il chasser de la famille un individu qui légalement n'y est pas encore entré parce qu'il n'a pas de filiation maternelle ?

La raison de douter vient de ce que l'action en désaveu a pour but de détruire la présomption : *Pater is est...* Or cette présomption manque ici. L'enfant qui n'a pas de mère ne peut avoir de père au sens de la loi puisque la paternité est un corollaire de la maternité.

1. Toutefois les ayants cause universels des parties du procès peuvent en invoquer et doivent en subir les résultats en tant qu'ils concernent la succession de leur auteur. Demolombe, tome 5, page 297.

Cependant il nous paraît certain, avec la jurisprudence (1) et la majorité des auteurs, que l'époux n'est pas obligé pour exercer son droit de désaveu, d'attendre l'action en réclamation d'état de l'enfant. Le recel de la naissance est généralement constitué par le défaut d'inscription du nouveau-né sur les registres de l'état-civil ou par son inscription sous des noms inconnus ou supposés. Et cette clandestinité est un des éléments du désaveu pour cause d'adultère. Refuser au mari le désaveu d'un enfant qui n'a pas de titre serait restreindre, sinon supprimer en fait, l'une des causes pour lesquelles il peut être intenté. Voilà le principal motif qui nous porte à adopter l'affirmative. Mais il ne suffirait pas, si nous ne croyions être en mesure de réfuter les arguments qu'on nous oppose.

Le mari a un intérêt légitime à prévenir dès à présent, l'intrusion dans sa famille d'un étranger qui peut en réclamer l'entrée, à tout moment et sans délais, par une action en recherche de sa filiation maternelle. Il a en main de quoi établir qu'il n'est pas le père de l'enfant que sa femme vient de mettre au monde, et on voudrait le contraindre à rester dans l'inaction jusqu'à ce que les preuves qu'il possède aient disparu grâce au calcul habile de l'intéressé qui se gardera bien de réclamer sa

1. Cass. 5 avril 1854. Dall. 54, 1, 93. Lyon, 21 janvier 1886. Dall. 87, 2, 1.

mère tant qu'il subsistera quelque trace de l'adultère, et on prétend qu'il n'a pas intérêt à agir aussitôt, que décider comme nous faisons, c'est violer le principe fondamental qui interdit les actions provocatoires ! Nous comprendrions l'objection si le mari devait justifier d'un intérêt pécuniaire, mais précisément le désaveu est chez lui un droit essentiellement moral qui lui a été conféré dans le but de sauvegarder les intérêts de *la famille*.

Pour arriver à ses fins, le mari devra d'abord faire reconnaître la maternité, c'est d'elle en effet que découle la présomption : *Pater is est*. L'action en réclamation d'état, ordinairement réservée à l'enfant, passe ainsi exceptionnellement à son prétendu père comme *moyen* préalable et nécessaire pour aboutir à la dénégation de paternité. Si la demande réussit, l'enfant sera adultérin : c'est le résultat obligé du désaveu en général, et conséquemment on ne peut se servir de l'art. 342 qui défend la recherche d'une filiation adultérine, pour repousser notre opinion ; le mari n'intente pas *principalement* l'action en réclamation d'état, mais l'action en désaveu.

L'hypothèse que nous envisageons est, à notre sens, bien différente de celle que prévoit l'art. 325, quoique dans les deux la paternité présumée du désavouant n'ait pas sa base dans un titre. Le droit que nous reconnaissons au mari, en lui permettant

de devancer la réclamation de l'enfant est à proprement parler l'action en désaveu ; le législateur l'a visée dans l'art. 313 al. 2. Elle reste donc soumise aux conditions restrictives des art. 312 à 317. L'époux qui sait qu'un enfant dépourvu de titre est né de sa femme et est étranger à lui-même, a le choix entre deux alternatives. Il lui est loisible, dans son plus grand intérêt, de devancer la réclamation d'état, mais sa demande n'est recevable que s'il justifie de l'une des causes limitativement déterminées par les textes sus-énoncés, et en outre pourvu qu'elle soit formée dans un délai de deux mois à partir du jour où il connu l'accouchement. Il peut, s'il le préfère, attendre que l'enfant réclame sa filiation maternelle, auquel cas tous moyens lui sont offerts pour prouver qu'il n'est pas le père.

Cependant un arrêt de la cour de Lyon du 21 janvier 1886 (1) n'a pas consacré cette différence, tout au moins dans les motifs qu'il a donnés pour soutenir sa décision. Dans l'espèce le délai de deux mois édicté par l'art. 316 n'était pas encore expiré au moment où le mari avait porté sa demande. Mais cela était contesté par les défendeurs. Alors pour trancher la difficulté, la cour alléguait que, les délais fussent-ils expirés, le désaveu était quand même recevable, parce que la déchéance de

1. Lyon, 21 janvier 1886. *Dall.* 87, 2, 1.

l'art. 316 ne s'appliquait qu'au cas où il avait été dressé un acte de l'état civil régulier constatant la naissance de l'enfant.

Nous estimons qu'elle s'est trompée. L'art. 325 ne régit que le désaveu formé par voie *d'exception* à l'action en réclamation d'état ; ce qui le prouve clairement, c'est que le texte l'accorde à *tout intéressé*. Il est en effet bien certain qu'un intéressé quelconque n'a pas le droit de désavouer un enfant qui n'a pas d'acte de naissance et qui ne réclame pas. Cette faculté est le privilège exclusif du mari ; quand celui-ci en fait usage, c'est donc le désaveu des art. 312 à 317 qu'il exerce, et non celui de l'art. 325.

Le pouvoir que nous reconnaissons au mari de chasser par avance de la famille un enfant qui n'y appartient pas encore, devons-nous l'accorder aussi aux héritiers du mari ?

Il semblerait au premier abord que la solution que nous avons admise à l'égard du mari s'imposât à l'égard des héritiers. Eux aussi sont menacés éventuellement d'une action en réclamation d'état imprescriptible qui aura pour effet, si elle réussit, de placer l'enfant sous l'égide de la présomption *Pater is est...*, de l'introduire dans leur famille. Ils auront bien la ressource de contester sa légitimité par tous moyens, mais les preuves qu'ils ont à l'heure actuelle pour établir que le

mari n'est pas son père, sont susceptibles de disparaître avec le temps.

Ces considérations pratiques ont entraîné la jurisprudence dans cette voie (1).

Une objection très grave tirée de l'article 317 nous empêche de partager son avis. Pour agir en désaveu, les héritiers doivent justifier d'un intérêt dont l'actualité n'est révélée que par l'entrée en possession de l'enfant dans les biens héréditaires du *de cujus*, ou le trouble par lui apporté dans leur possession relativement à ces mêmes biens. « Le droit accordé aux héritiers du mari par l'article 317, disait M. Dupin (2), n'est pas une action sentimentale, ce n'est pas un droit abstrait. Cet article permet aux collatéraux de contester la légitimité de l'enfant ; on suppose donc qu'il la possède ou qu'il la réclame ; on suppose que l'enfant s'est présenté à la succession ».

1. Paris, 6 janvier 1849. Sir. 49-2-657. Lyon, 21 janvier 1866. Précité (motifs). *Sic.* Aubry et Rau, p. 545, texte et note 72.

2. Consultation de M. Dupin. Cass. 5 avril 1854. Sir. 54-1-293

CHAPITRE III

Droit comparé.

Pour juger sainement le mérite de la législation d'un pays sur un point spécial, il est impossible de l'isoler de celles qui l'entourent. La comparaison est le guide le plus sûr qui conduise à ce but. C'est pourquoi, avant de conclure, nous allons faire une étude rapide du désaveu de paternité dans la plupart des Etats de l'Europe.

§ 1. — *Présomption de paternité.*

Toutes les nations, dans leur souci d'attribuer un père légitime à l'enfant, ont dû recourir à une présomption à défaut de certitude fournie par la nature, et pénétrées de cette idée que le mariage est la base d'une bonne société, toutes se sont emparées de la maxime romaine : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ».

Elles ont éprouvé presque communément le besoin de ne laisser au juge aucune liberté d'appréciation sur la question de savoir quand un enfant appartient au mariage. La fixation des délais des gestations y est généralement conforme à celle

de la loi française (1). On trouve néanmoins un grand écart dans le Landrecht prussien chez lequel pour que l'enfant soit réputé conçu dans le mariage, il faut qu'il naisse au moins deux cent dix jours après la célébration (2).

Seule l'Angleterre n'établit pas de délais légaux. Stéphen, dans son commentaire sur les lois anglaises, dit à ce sujet : « la détermination de *l'ultimum tempus pariendi* ou de la période extrême comprise entre la conception et la naissance, est une question de fait que la loi laisse à régler dans chaque cas particulier en s'aidant des circonstances et en s'éclairant des témoignages des gens de l'art » (3). Et certes nous ne devons pas approuver cette lacune, si nous nous rappelons les abus qu'elle avait entraînés dans la jurisprudence de nos anciens Parlements et qui l'on fait condamner par le législateur de 1804. L'Autriche, les provinces Baltiques, la Prusse, l'Espagne et l'Allemagne (4) n'ont compris qu'à demi cet en-

1. En Russie et Pologne, les plus courtes et les plus longues gestations des femmes sont de 180 et 306 jours. Pour l'Espagne, l'Italie, la Belgique et l'Autriche, les délais sont les mêmes que pour la France.

2. Lehr. *Droit civil germanique*, tome 2, p. 334.

3. Stephen. *Commentaires on the laws of England*, p. 302.

4. Autriche, art. 157. Prusse : Lehr. *Droit civil germanique*. Allemagne : code civil nouveau promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, art. 1592 al. 2. ; les 302^e et 181^e jours des délais doivent être comptés.

seignement car elles autorisent la preuve contraire en ce qui concerne la présomption de la durée maxima des grossesses, avec ce tempérament pour les deux dernières, qu'elles ne l'admettent qu'en faveur de la légitimité.

L'enfant dont la conception remonte à une époque antérieure au mariage est réputé légitime d'une façon à peu près universelle. Il y a même en Suisse un certain nombre de cantons, tels que celui de Fribourg et des Grisons, qui n'accordent contre lui que le désaveu applicable à l'enfant conçu *pendant* le mariage, c'est-à-dire celui qui a pour cause l'impossibilité physique de cohabitation, ou l'adultère accompagné du recel de la naissance. Il ne paraît pas qu'en Angleterre, cet enfant puisse être désavoué en prouvant simplement qu'il a été conçu avant le mariage. « On définit communément l'enfant légitime, dit Stephen, celui qui est *né pendant* le mariage, mais si on veut y regarder de plus près, l'enfant légitime est celui dont les auteurs étaient mariés au moment de la conception, ou au moment de la naissance, ou qui furent mariés pendant un certain temps de la période comprise entre la conception et la naissance. Quant à l'enfant conçu de parents mariés à l'époque de sa conception, ou mariés après celle-ci mais avant qu'il ne fût né, il est légitime bien que par suite de la mort de l'un des époux ou par

suite de leur divorce le mariage ait été dissous avant sa naissance » (1).

L'article 138 du code autrichien déclare illégitime l'individu qui naît prématurément, mais exige néanmoins qu'il soit désavoué dans un intervalle de trois mois à dater de sa naissance. La dissidence existe donc plutôt dans les termes que dans les faits, d'autant plus que l'action en désaveu paraît bien être réservée au mari (2).

La loi espagnole dresse au contraire une véritable présomption d'illégitimité contre l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage à moins qu'il n'ait été reconnu par le mari comme sien, expressément ou tacitement (3).

Les fins de non recevoir opposables au désaveu dirigé contre l'enfant dont la naissance est précoce, varient avec les codes étrangers.

Les lois italienne, belge et néerlandaise reproduisent celles de la loi française sans modifications importantes.

Le Svod russe repousse les poursuites du mari qui a reconnu l'enfant comme lui appartenant, ou si ce dernier n'est pas né viable.

Le code autrichien ne mentionne comme excep-

1. Stephen. Tome 2, p. 279.

2. Lehr. P. 334, n° 1250. — En Allemagne, cet enfant n'est légitime qu'autant que le mari meurt sans le désavouer, art. 1591.

3. Code civil espagnol, art. 110.

tion à la demande du mari que la connaissance par celui-ci de la grossesse de sa femme, avant le mariage. Cette circonstance a paru d'une telle force à certaines législations de la Suisse, qu'elles en ont fait une fin de non-recevoir générale formant obstacle à toute espèce de désaveu quel que soit son fondement (1).

Enfin l'avant-projet du code fédéral suisse est muet sur ces exceptions. Par contre, il détruit en quelque sorte le caractère péremptoire du désaveu dont nous nous occupons en permettant au défendeur de paralyser l'action par la preuve de la cohabitation du mari avec la mère lors de la conception (art. 279).

Quelques codes, à la différence de la loi française, ont tranché le problème délicat que fait naître un conflit de présomptions. Ils ont prévu le cas où une femme veuve ou divorcée venant à se remarier avant le temps nécessaire pour éviter une *turbatio sanguinis*, met au monde un enfant à une époque très voisine de la dissolution de sa première union. Quel père doit-on lui donner ? On ne voit pas de raisons pour porter son choix

1. Nous avons vu qu'en France, c'était une question discutée que celle de savoir si l'enfant dont la conception était antérieure au mariage pouvait être désavoué pour cause d'impossibilité physique de cohabitation dans le cas où le mari avait connu la grossesse avant la célébration.

plutôt sur le premier mari que sur le second lorsque la loi a fixé des limites invariables à toutes les gestations, et que d'après ces limites l'enfant devrait rigoureusement appartenir aux deux. L'interprète ne peut pas, sans tomber dans l'arbitraire, modifier la durée des grossesses dans une espèce déterminée, il faut s'en rapporter aux tribunaux qui jugeront d'après les circonstances. Mais il rentre dans le devoir du législateur de remédier à cet état de choses en serrant de plus près les données de la science, et nous ne pouvons qu'approuver les législations allemande et prussienne (1) dans la distinction qu'elles ont faite pour cette hypothèse. D'après celles-ci, l'enfant est réputé issu des œuvres du premier mari, s'il naît dans les 270 jours de la dissolution du mariage, et des œuvres du second, s'il naît plus tard. En effet les chiffres de 300 et de 180 jours ont été forcés dans l'intérêt de la légitimité. Il est raisonnable de revenir à une plus grande exactitude, quand cette légitimité n'est plus en cause.

L'Angleterre (2) n'a pas été aussi bien inspirée en laissant le choix à l'intéressé; cette mesure est arbitraire.

Si l'on se demande quelle est, chez les peuples

1. Nouveau code civil allemand, art. 1600. Landrecht. art. 22.

2. Blackstone. Chap. 16, p. 456.

européens, la situation de l'individu dont la naissance est tardive, on voit qu'elle le rend susceptible d'une action en contestation de légitimité le plus souvent très différente de l'action en désaveu en ce qu'elle n'est pas soumise, comme cette dernière, à des causes soigneusement déterminées, à des délais rigoureux, et en ce qu'elle est la propriété de tout intéressé (1).

Cependant le code espagnol réserve cette action au mari et après lui à ses héritiers (art. 111), et en subordonne l'exercice aux mêmes délais que le désaveu. (art. 113).

§ 2. — Action en désaveu.

La présomption : *pater is est* n'a pas reçu une force de résistance égale chez toutes les nations.

La France est certainement une de celles qui ont le mieux compris combien il importait dans une société, d'établir la légitimité sur des bases solides, en ne faisant céder les apparences que devant une réalité indiscutable. La règle qui attribue au mari la paternité est en principe invincible, il n'y a que l'impossibilité évidente qui puisse la faire fléchir (2). Et la loi dit expressément quand

1. Italie. *Bulletin de législation comparée*. Ann. 1872, p. 98 et 99.

Russie. Lehr : *Eléments de droit civil russe*.

Code Autrichien, art. 157.

2. Toutefois dans le cas de désaveu pour cause d'adultère, cette impossibilité est moins plausible.

cette impossibilité existe, qui peut s'en prévaloir et dans quel laps de temps (art. 312 à 318).

A. — *Causes de désaveu*. — La cause de désaveu dont parle l'art. 312 du code *français* figure dans la plupart des codes étrangers mais avec des modifications.

Ainsi le Svod ne fait dériver l'impossibilité physique de cohabitation que de l'absence, ce mot étant pris dans le sens d'éloignement.

Généralement d'autre part, l'impuissance naturelle est valablement alléguée par le mari, avec ce petit appoint de sévérité pour l'Italie et quelques cantons de la Suisse qu'elle doit être manifeste (1).

En outre, il y a plusieurs lois étrangères (2) qui ne déterminent pas l'impossibilité physique de cohabitation et laissent aux juges le soin de vérifier si cette condition est remplie. Telle la loi anglaise, comme nous l'apprend Stephen. « Si le mari, dit celui-ci, a été absent du royaume *« extra quatuor maria »* pendant plus de neuf mois sans qu'on puisse prouver aucun rapprochement avec son épouse, les enfants conçus durant cette époque seront bâtards. L'illégitimité pourra encore être déclarée, si l'on se trouve en face de toute

1. Code italien art. 164, canton du Tessin, art. 120 « *salvo che si fratti di impotenza manifesta* »,

2. L'Angleterre, l'Autriche art. 158. La Prusse, l'Allemagne.

autre *évidence forcée* comme par ex. : l'impuissance démontrée du mari, ou la preuve que les époux n'ont eu aucun commerce sexuel, bien que tous les deux soient restés dans l'intérieur du royaume, parce qu'ils n'ont pas laissé leurs parents respectifs durant le temps où la conception a été possible ».

Cette tendance à affaiblir la présomption légale de paternité est encore marquée dans le nouveau code civil allemand. L'art. 1591 porte en effet : « Un enfant né après la célébration du mariage est légitime, s'il a été conçu avant ou pendant le mariage et que durant la période où peut se placer la conception, le mari ait cohabité avec la mère ; il n'est pas légitime si, d'après les circonstances, il est manifestement impossible que le mari soit l'auteur de la grossesse ». Il résulte de ce texte, que le désaveu est admissible quand il est établi que les époux sont demeurés *séparés de fait* pendant le laps de temps compris entre le 181^e et le 302^e jours avant l'accouchement (1).

L'art. 278 de l'avant-projet du code fédéral suisse fait mieux apparaître encore cette évolution législative par les termes suivants ; « L'enfant conçu pendant le mariage ne peut être désavoué par le

1. *Bulletin de législation comparée* ann. 88-90. Etude de M. Bufnoir.

mari qu'en établissant qu'il ne peut en être le père ».

De semblables mesures sont, croyons-nous, de nature à engendrer de graves périls pour la nation qui les édicte, parce qu'elles ne garantissent plus assez la sécurité des familles et peuvent faire entrer au sein de l'Etat un nombre inquiétant de bâtards (1).

En sens inverse, il faut signaler quelques législations qui ont limité plus strictement encore que la loi française, les cas où la présomption de paternité peut être renversée.

La Russie, la Pologne, l'Espagne ne reconnaissent pas, comme suffisant pour motiver un désaveu, l'adultère de la femme, celle-ci eût-elle avoué tacitement sa faute en dissimulant au mari la naissance de l'enfant et y eût-il encore avec cela des circonstances propres à faire croire fortement que l'enfant n'est pas issu des œuvres du mari.

C'est, pensons-nous, exagérer la puissance d'une présomption dont la fausseté est rendue très vraisemblable par les faits. Il sera très rare qu'un enfant né dans de telles conditions soit légitime. Au point de vue moral, il est injuste d'obliger le mari à subir les effets des désordres de sa femme.

D'ailleurs, même chez les peuples qui se con-

1. « La société, disait Napoléon, n'est pas intéressée à ce qu'il y ait des bâtards ».

tentent de la simple preuve de la non cohabitation du mari, on trouve un accord unanime à considérer l'adultère comme une condition qui a besoin d'être renforcée pour donner passage à une contestation de légitimité. Le code civil allemand va même plus loin ; il n'admet pas que l'adultère de la femme puisse jamais donner ouverture à l'action en désaveu : cela résulte de l'art. 1591, al. 2 qui exige, du moment que la cohabitation a eu lieu, « qu'il soit manifestement impossible que le mari soit l'auteur de la grossesse » (1) (2).

En Belgique, l'art. 313, al. 1 du code français est appliqué purement et simplement.

Quant au code italien, il se sert d'une formule qui donne lieu à une controverse. En effet l'art. 165 ainsi conçu : « Le mari ne peut non plus refuser de reconnaître l'enfant pour cause d'adultère, sauf lorsque la naissance lui a été cachée, auquel cas il est admis à prouver par tout mode de preuve, même dans l'instance en désaveu, tant les faits d'adultère et de recel que tous les autres faits tendant à exclure la paternité », semble signifier que l'adultère et le recel suffisent à permettre le désaveu car, dans le texte, les faits tendant à exclure la

1. L'art. 278 de l'avant-projet suisse renferme une disposition semblable.

2. L'aveu exprès de la mère ne motive le désaveu dans aucun code.

paternité sont mis sur le même pied que l'adultère et le recel (1). Mais les travaux préparatoires, et notamment le discours de M. Pisanelli rapporteur du projet du code, démontrent que l'adultère et le recel ne sont que les conditions de recevabilité de la demande et ne suffisent pas à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant. Citons seulement ce passage « *la legge determina solo la ammissione dell'azione del padre, quando queste condixieni si avranno* » « la loi veut dire seulement que l'action du père est admissible quand ces conditions (c'est-à-dire le recel et l'adultère) sont vérifiées ».

Nous avons vu que la loi du 6 décembre 1850 avait introduit en France une troisième cause de désaveu. L'enfant dont la conception se place après que les époux étaient séparés légalement soit par un jugement, soit en vertu de l'ordonnance du président qui assigne à la femme un domicile spécial, peut être déclaré illégitime sans qu'il soit besoin d'apporter d'autre preuve.

Les lois allemande, autrichienne, et prussienne n'avaient pas à s'expliquer sur ce point puisque le défaut de cohabitation des époux pendant la conception entraîne le désaveu.

En Italie et en Espagne, l'enfant conçu après la

1. Huc. *Le Code civil Italien et le code Napoléon* p. 86 et 87.

séparation de corps est désavouable. Mais à la différence de ce qui existe en France, il faut que la séparation de corps ait été *prononcée par un jugement*. Jusque-là, la séparation du mari et de la femme n'est que provisoire, et la présomption : *Pater is est...*, fondée sur la cohabitation des époux, conserve toute sa puissance (1).

Le code néerlandais, qui contient aussi cette cause de désaveu, permet à la femme ou à l'enfant de repousser la demande du mari à la condition de prouver que ce dernier est le père de l'enfant. La réunion temporaire des époux alléguée par le défendeur et qui, d'après les lois française et italienne, est une fin de non recevoir opposable à l'action, peut donc être considérée par les juges comme insuffisante à servir d'exception. Cette disposition est critiquable, à notre avis, car si la séparation n'est pas complète pendant le temps de la conception, il n'y a pas de raison pour faire cesser la présomption de paternité (2).

B. — *Qui peut intenter le désaveu.* — En principe une demande en justice peut être introduite par tout intéressé. Cette règle, comme on a eu l'occasion de le constater, subit dans la loi

1. L'innovation de la loi de 1850 n'a pas été transportée dans le code belge. M. Laurent répare cette lacune dans l'avant projet de révision du code civil belge art. 281.

2. Cette cause de désaveu n'est pas inscrite dans le code polonais.

française une dérogation considérable en ce qui concerne la matière que nous traitons. L'action en désaveu est le privilège d'un très petit nombre de personnes : du mari d'abord, c'est lui le principal intéressé, de ses héritiers ensuite et à la condition que leur auteur soit décédé maître de son droit. En outre de très brefs délais en gouvernement l'exercice.

Cette réglementation extrême reparait dans les codes étrangers sauf quelques changements, notamment au point de vue de la durée du temps accordé pour agir : le délai imparti est généralement plus long, et son point de départ varie.

Nous parlerons d'abord des personnes qui ont droit d'intenter l'action, puis nous indiquerons les déchéances diversement admises.

Toutes les législations réservent au mari la faculté de désavouer tant qu'il vit. Lui seul en effet est capable d'apprécier l'opportunité d'un procès aussi grave, et rien ne justifierait l'ingérence d'un individu qui viendrait élever une contestation sur une question qui ne saurait être vidée sans la volonté et l'initiative du premier intéressé.

Nous supposons le mari présent et en possession de ses facultés mentales, en un mot libre d'agir. Mais quand cette liberté vient à lui manquer, que décident les lois ?

Le législateur français a gardé le silence sur cet

endroit et les interprétations ont été différentes sur un problème dont l'importance n'échappe à personne. L'unité d'opinion que fournirait un texte clair et précis serait de beaucoup préférable.

Une seule législation, à notre connaissance, a réalisé ce progrès, c'est le nouveau code civil allemand. L'article 1595 dispose. « La contestation de légitimité ne peut être faite par un représentant. Si le mari n'a qu'une capacité restreinte, il n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal.

Si le mari est incapable de contracter, son représentant légal avec l'approbation du tribunal des tutelles peut contester la légitimité. Si le représentant légal n'a pas fait la contestation en temps utile, le mari, après la cessation de son incapacité, peut contester lui-même la légitimité, de la même manière que s'il avait été sans représentant légal ». Ce paragraphe qui n'a été adopté qu'en deuxième lecture, distingue deux sortes d'incapables, celui qui n'est soumis qu'à une incapacité restreinte, par exemple : l'interdit du chef de faiblesse d'esprit, de prodigalité ou d'ivrognerie (art. 114), et celui qui est frappé d'une incapacité de contracter par exemple : l'interdit du chef de maladie mentale (art. 104). Le premier demeure l'unique titulaire de l'action en contestation de légitimité sans qu'il doive consulter son représentant légal, le second,

au contraire, ne peut désavouer mais son tuteur (art. 1896) le représente valablement à cet effet, pourvu qu'il se munisse de l'autorisation du tribunal des tutelles (1).

Cette solution a, certes, le mérite de trancher un point controversé mais n'échappe pas à tous les reproches. Il y a à craindre en effet que le fou ne revienne à la raison et soit mis en présence d'un jugement irrévocable contraire à sa volonté qui, de deux choses l'une, ou bien compromet son honneur par la publicité désormais acquise d'un adultère qu'il aurait préféré cacher, ou bien le contraint à accepter la paternité d'un enfant qu'il sait illégitime, et qu'il aurait chassé de sa famille s'il avait pu mettre en œuvre les moyens dont il disposait à l'exclusion de tous autres.

Mais, du moins, l'époux dont l'interdiction a été levée n'a perdu son droit de désavouer que si le tuteur en a usé. Si au contraire, l'illégitimité n'a pas été demandée par celui-ci, la déchéance qu'opère normalement l'expiration des délais accordés pour agir ne vaudra pas contre lui. La prescription est suspendue à son profit pendant la durée de son interdiction.

Le code allemand ne prévoit pas expressément

1. D'après le premier projet, le droit de désavouer l'enfant était absolument personnel au mari. *Bulletin de législation comparée* ann. 1888-90. Etude de M. Bufnoir. p. 699.

le cas où le mari est absent, d'autre part l'art. 1593 ne donne l'action à un autre que s'il est mort. Mais d'après les paragraphes 13 à 18, l'absent n'est plus réputé vivant à partir du jugement de déclaration de décès qui peut intervenir lorsque depuis dix ans il n'a été reçu aucune nouvelle de la vie de l'absent, pourvu qu'à cette date l'individu eût atteint l'âge de 31 ans accomplis. Ce jugement est déclaratif et par suite remonte quant à ses effets à l'époque où il aurait pu être prononcé, et le désaveu devient transmissible puisque l'absent est considéré comme mort (1593).

Une réforme analogue est inscrite dans l'avant-projet Suisse, avec ceci de particulier que ce n'est pas au tuteur de l'interdit qu'échoit le pouvoir de désavouer mais à ses héritiers (art. 280). Cette anomalie est critiquable. Il vaudrait mieux, à tout prendre, donner l'action au représentant légal qui n'a pas un intérêt personnel à répandre le scandale à moins de se laisser corrompre, tandis que les héritiers sont pécuniairement intéressés à chasser dès à présent de la famille un enfant qui gênerait leurs prétentions à la succession future de l'incapable, sans craindre d'ailleurs le plus souvent les effets d'un jugement déshonorant.

Après la mort du mari, il est presque universellement admis que le droit de contester la légitimité d'un enfant passe aux héritiers du *de cujus*,

et par héritiers on entend tous ceux qui recueillent l'hérédité à titre universel.

Toutefois dans le canton de Berne, les enfants légitimes ne sont pas recevables à intenter l'action, probablement parce qu'il y aurait de leur part quelque chose d'odieux à jeter le déshonneur sur leur propre mère.

D'autre côté la transmissibilité de l'action dans le Svod russe est subordonnée à la condition que les héritiers établissent que le mari n'a pas pu prendre l'initiative, soit parce qu'il ignorait complètement la naissance de l'enfant, soit parce qu'il n'a pas eu le temps moral nécessaire pour user de sa prérogative.

La transmissibilité est plus complète dans le code civil allemand. Le par. 1593 est ainsi libellé. « L'illégitimité d'un enfant né pendant le mariage ou dans les 302 jours après la dissolution du mariage, ne *peut être invoquée* que si le mari a contesté la légitimité ou est décédé sans avoir perdu le droit de la contester ». L'expression « ne peut être invoquée » n'étant pas déterminée, on peut en conclure qu'elle vise *tout intéressé*.

C. — *Délais dans lesquels on peut agir en désaveu.* — Dans tous les codes étrangers l'action en désaveu est soumise à une prescription beaucoup plus courte que celle du droit commun. Le motif de cette nouvelle restriction nous est connu :

il réside tant dans la nécessité de fixer promptement l'état d'une personne que dans une idée de renonciation de la part du mari qui garde un silence prolongé.

Comme une énumération de délais serait fastidieuse, nous nous contenterons de faire à ce sujet quelques observations générales.

Si on met de côté la Belgique, on remarque que ces délais sont plus longs qu'en France. Ils atteignent jusqu'à un an en Allemagne et en Prusse, et deux ans en Russie, si le mari était à l'étranger au moment de l'accouchement. Leur durée est uniforme dans les lois espagnole (art. 113) et autrichienne (art. 158 et 159) quelle que soit la qualité du demandeur ; dans la loi russe au contraire, le délai d'un ou deux ans est réduit à trois mois pour les héritiers.

La date à laquelle la naissance de l'enfant a été connue constitue le point de départ de ces délais, du moins au regard du mari. Cependant, d'après le code russe, si la naissance et l'existence du nouveau-né ont été cachées pendant plus d'un an, les délais ne courent que du jour où le mari en a été informé d'une façon authentique.

L'article 317 du code français apporte à cette règle un changement considérable, quand l'action a passé aux héritiers, changement qui exprime clairement qu'au caractère moral du désaveu s'est

substitué un caractère exclusivement pécuniaire : les deux mois ne commencent à courir qu'à compter de l'instant où l'enfant entre en lutte ouverte avec les héritiers, soit en s'emparant des biens successoraux, soit en intentant une action en pétition d'hérédité.

Sauf en Belgique et en Italie (art. 167), cette disposition n'a pas été consacrée à l'étranger : c'est le décès du mari, comme en Russie et en Autriche (art. 159), ou la connaissance de l'accouchement, comme en Espagne (art. 113) et dans l'avant-projet suisse, qui mettent en cours le laps de temps, de sorte qu'il est permis de penser que le désaveu a conservé un peu de son élément moral malgré sa transmission aux héritiers.

Quant à la nature de ces délais, elle n'est clairement désignée que dans le code allemand qui en fait une véritable prescription susceptible d'être suspendue par les causes ordinaires, notamment par l'état d'incapacité du titulaire du droit, par l'existence d'un cas de force majeure qui s'oppose à l'exercice de l'action : le temps de la suspension dure tant que l'obstacle persiste (art. 206 et 203).

D. — *Contre qui peut-on intenter le désaveu ?* — Toutes les législations considèrent l'enfant comme l'adversaire naturel, le contradicteur

imposé du demandeur en désaveu et, en conséquence, contraignent ce dernier à diriger ses armes contre lui. S'il est mineur, on doit le pourvoir d'un représentant et la difficulté qu'on éprouve en droit français dans le choix d'une solution à donner relativement à la forme de nomination du tuteur, ne se rencontre pas ici : c'est l'autorité judiciaire qui élit le curateur *ad hoc* quand la nécessité de ce curateur est prescrite (1), ainsi en Allemagne c'est le tribunal des tutelles (art. 1796 et 1509) (2).

Mais elles sont muettes sur le rôle que doit tenir la mère à l'instance, à part les codes italien (168) et néerlandais (315) qui veulent la présence de la mère (3).

E. — *Forme du désaveu.* — L'acte extrajudiciaire dont parle l'article 318 est une institution purement française ; il ne figure nullement dans la procédure du désaveu de paternité à l'étranger (4). Son utilité n'est cependant pas à mépriser : il laisse au mari le moyen de réfléchir, d'adoucir sa colère, de s'arrêter à temps en ne mettant pas à exécution ce qui n'est encore qu'un projet. Certes, après l'introduction de l'action, l'époux peut encore se dé-

1. Elle ne l'est pas en Russie ni en Prusse.

2. V. Code autrichien, art. 158. Italien, art. 168.

3. Dans l'avant-projet du code fédéral suisse l'action doit être intentée contre l'enfant et contre la mère à la fois.

4. Sauf pour le code néerlandais, art. 311, al. 2 et 3.

sister, mais les doutes qu'il avait sur la fidélité de sa femme se sont déjà ébruités, la perspective d'un scandale ne le retient plus, rien ne l'empêche désormais de poursuivre jusqu'au bout son œuvre néfaste.

F. — *Fins de non-recevoir générales.* — Il est admis d'une façon constante que la reconnaissance expresse de légitimité émanée du mari est une cause d'irrecevabilité de la demande. Elle implique, en effet, un aveu incompatible avec une dénégation de paternité. Le code allemand la mentionne nommément (art. 1598), en ajoutant qu'elle n'est soumise à aucune forme et peut être faite par disposition entre vifs ou à cause de mort ; le dol et la violence sont destructifs de sa qualité. Les lois belge, italienne et espagnole n'en parlent que comme fin de non-recevoir du désaveu dirigé contre un enfant dont la conception est antérieure au mariage. Mais *a fortiori* doit-on l'admettre en faveur de la légitimité, quand celle-ci s'appuie sur l'existence de la conception pendant le mariage.

Il est plus douteux que la reconnaissance tacite, qu'on voudrait induire de certains faits postérieurs au mariage, ait été regardée comme devant faire obstacle à toute demande en désaveu même par les codes qui l'ont introduite à l'avantage de celui dont la naissance est prématurée. Cependant l'article 281 de l'avant-projet suisse en fait une cause

de déchéance générale, à moins que le mari ne parvienne à démontrer que l'acte d'où elle découle lui a été inspiré frauduleusement.

La non-viabilité de l'enfant a été passée sous silence dans beaucoup de codes : il serait pourtant bien naturel d'interdire l'exercice d'une action aussi scandaleuse contre une personne qui n'est pas née viable, tout au moins lorsque celle-ci est incapable d'être le siège d'un droit comme en Espagne (art. 627) ou en Autriche (art. 322). Les lois italienne, belge et néerlandaise font exception.

G. — *Effets du jugement de désaveu.* —

a. — **Autorité de la chose jugée.** — En France le jugement qui désavoue ou rejette la demande a l'autorité de la chose jugée « *erga omnes* » quand l'action a été intentée par le mari ou tous ses héritiers contre l'enfant ou tous ses héritiers. Si l'un de ces intéressés est resté en dehors de l'instance, la décision ne lui est pas opposable ni profitable. Quant aux tiers, les auteurs décident qu'en cas de contradiction de deux jugements, ou si la question de paternité peut être l'objet de nouveaux débats de la part d'un intéressé qui n'a pas été mis en cause, c'est la légitimité qui l'emporte et que ceux-ci doivent subir.

L'iniquité de cette dernière solution, contre laquelle nous nous sommes déjà élevé, n'a pas été consacrée par le code civil allemand dont le par.

1593, par la généralité de ses termes, paraît bien accorder le désaveu après la mort du mari à tout individu qui justifie d'un intérêt quelconque.

Un second inconvénient, qui est une conséquence de l'application aux questions d'état du principe de l'effet relatif des jugements et qui consiste dans la situation contradictoire que crée pour l'état de l'enfant la contrariété de deux décisions judiciaires, subsiste malheureusement dans le code allemand. Il n'existait pas dans le premier projet. Celui-ci contenait, en effet, une disposition d'après laquelle le procès en désaveu était considéré comme terminé au point de vue de son objet principal c'est-à-dire de la paternité, aussitôt que l'une des parties (contradicteurs légitimes), soit le père, soit l'enfant venait à mourir (1). Si donc après le décès de l'un ou de l'autre, une demande en désaveu était portée, il n'était possible de tirer que des conséquences *pécuniaires* du jugement à intervenir. L'indivisibilité qui est un des traits essentiels et caractéristiques de l'état était ainsi respectée.

Il est regrettable que cette heureuse conception ait disparu après une deuxième lecture du projet.

Les lois espagnole et néerlandaise (1) contien-

1. Elude de M. Bufnoir, *loco citato*. Le jugement rendu du vivant de l'enfant et du mari était opposable « *erga omnes* ». Cet effet était dû à l'intervention obligée du ministère public.

2. Code espagnol. art. 1252, al. 2. Code néerlandais, art. 1957.

nent encore une disposition générale sur la portée extensive à attribuer au jugement de désaveu. Si les contradicteurs légitimes (le mari ou tous ses héritiers, l'enfant ou tous ses héritiers) ont pris part aux débats, la décision est opposable « *erga omnes* ». Mais elles ne disent pas quelle sera la situation des tiers par rapport au jugement, s'il n'a été rendu qu'avec quelques-uns seulement de ces contradicteurs.

b. — **Effets du jugement par rapport à l'enfant.** — Au point de vue de la condition qui est faite à l'enfant désavoué, le droit de l'Europe se divise en deux systèmes.

L'un creuse un abîme de séparation entre l'enfant adultérin (ou incestueux) et l'enfant naturel simple, faisant ainsi retomber sur un innocent tout le poids de la faute commise par ses auteurs. C'est celui de la France, de l'Italie, de l'Espagne et des Pays-Bas.

Pour le premier, il n'y a pas de reconnaissance possible et partant, pas l'ombre d'une famille. Il est le rebut de la société à laquelle il ne se rattache par aucun lien légal. Si dans des cas extraordinaires et par la force des choses, sa filiation se trouve quand même constatée par rapport à l'un ou à l'autre de ses père et mère, les bénéfices qu'il a droit d'en attendre sont limités aux aliments, à l'entretien, qui lui sont absolument nécessaires

pour vivre. Il n'a pas droit à la succession de ses auteurs ni même aux témoignages de leur amour, car les donations, en tant qu'elles dépassent un caractère alimentaire, lui sont retirées (1).

L'autre système, celui de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Prusse, fait une plus juste distribution des responsabilités et assimile l'enfant né d'un adultère à l'individu né d'un concubinage simple.

La filiation des deux, tant maternelle que paternelle, est susceptible de la preuve directe et résulte soit d'une reconnaissance volontaire, soit d'une reconnaissance forcée (2). Vis-à-vis de leur mère, ils tiennent le rang d'un enfant légitime et en ont les émoluments notamment ceux de succession (3). L'art. 1705 du code civil Allemand étend même leur parenté aux collatéraux et ascendants maternels. Au contraire, et sans qu'il soit possible de fournir une explication satisfaisante de la différence, au regard du père, ils jouissent seulement du droit à l'entretien et aux aliments et, sauf en

1. France, art. 762, 908. Italie, art. 180, 193. Espagne, art. 139 et 140. Pays-Bas, art. 914, 955.

2. Prusse, art. 618. Autriche, art. 163. Les codes allemand art. 1708 et autrichien art. 163, se montrent très faciles dans l'attribution de la paternité : celui qui a eu des relations avec la mère dans le temps de la conception est réputé père de l'enfant.

3. Code allemand, art. 1705. Landrecht, art. 656 et 657. Code autrichien art. 754.

Autriche, jusqu'à un âge déterminé, seize ans accomplis pour l'Allemagne et quatorze pour la Prusse. Toutefois le landrecht leur attribue un sixième de la succession de leur père, quand celui-ci ne laisse pas d'enfants légitimes.

La suppression d'une distinction entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin est conforme à l'équité, selon nous. Mais il y a une exagération évidente à mettre sur un pied d'égalité l'individu légitime et celui qui ne l'est pas dans leurs rapports avec la mère. Pourquoi aplanir toute inégalité entre deux situations qui ne méritent pas au même titre la protection de la loi ? C'est du mariage que la société tire sa force, qu'elle lui réserve donc ses faveurs, dans une juste proportion commandée par l'intérêt de l'enfant naturel qui ne doit pas supporter trop lourdement les responsabilités d'une faute qui lui est étrangère.

La similitude de sort de l'individu né de relations adultérines et de l'individu né simplement hors mariage est aussi admise par la loi anglaise. Celle-ci se montre rigoureuse, en refusant à ces personnes tout droit à la succession *ab intestat* de leurs auteurs. Mais elle apporte un tempérament à cette sévérité, en permettant les libéralités entre enfants et père et mère (1).

1. Lehr. *Eléments de droit civil anglais*.

CONCLUSION - CRITIQUE.

Les nombreuses et difficiles controverses que nous avons rencontrées au cours de notre étude du désaveu de paternité, et que nous avons toujours tranchées *in favorem partus*, nous fournissent maintenant l'occasion de reprocher au législateur français le laconisme dont son œuvre est empreinte.

Dans une matière aussi grave que celle-ci, toutes les questions susceptibles de s'élever auraient dû faire l'objet d'une réglementation sûre et précise de façon à laisser le moins de place possible à la discussion.

L'avant-projet du code civil belge, si une réforme venait à être proposée sur ce point, pourrait servir de modèle dans une certaine mesure.

On y trouve résolus la plupart des problèmes qui divisent la doctrine et la jurisprudence françaises.

Ainsi l'article 286 combiné avec l'article 496 réserve l'action en désaveu au mari seul, tant qu'il vit, même *s'il est en état d'interdiction*, auquel cas celui-ci peut encore agir pourvu qu'il soit dans

un intervalle lucide. C'est la solution que nous avons donnée comme étant celle de notre code, mais nous sommes bien obligé de reconnaître que les termes absolus de l'art. 502 qui déclare nuls tous actes passés par l'interdit après l'interdiction, laissent filtrer un doute qu'il serait désirable de supprimer par une disposition établissant une séparation nette entre les droits pécuniaires et les droits moraux de l'incapable au point de vue de leur exercice.

Ainsi encore, l'avant-projet subordonne expressément le désaveu des héritiers à la condition que l'enfant les trouble dans leur possession des biens successoraux du mari ou s'empare de cette possession, et par là même, impose le silence à ceux qui reconnaissent aux héritiers du mari le droit de désavouer avant toute prétention de l'enfant.

De même enfin, il serait bon de voir figurer dans nos lois une disposition analogue à celle de l'article 287, qui confiât au tribunal la mission de nommer un tuteur *ad hoc* à l'enfant mineur et fit échec à la règle générale d'après laquelle c'est au conseil de famille qu'appartient le pouvoir de désigner ce représentant.

Si nos récriminations devaient se borner là, nous pourrions, avec un peu de complaisance, passer condamnation sur des lacunes, regrettables sans

doute, mais qui ne vont pas à l'encontre de principes juridiques inviolables.

Malheureusement, il nous reste à formuler une critique beaucoup plus sérieuse.

Le fait de rendre transmissible l'action en désaveu après la mort du mari, seulement aux héritiers de ce dernier constitue dans notre loi une anomalie, et une contradiction.

Une anomalie injustifiable. Car si on reconnaissait que l'action perdait son caractère éminemment moral par la mort du principal intéressé pour revêtir un caractère exclusivement pécuniaire, et il semble bien que ce fut là l'idée du législateur en lisant les travaux préparatoires et l'art. 317 qui en est résulté, il fallait revenir au principe d'après lequel une action appartient à tout intéressé quel qu'il soit. L'action en désaveu ne faisait pas partie du patrimoine du défaut, on ne pouvait donc raisonnablement, pour régler sa transmission, prendre en considération la qualité de successeurs à ce patrimoine.

Une contradiction rendue apparente par le rapprochement des art. 180 et 181 de l'art. 317. En effet, lorsque le mariage est annulable pour vice du consentement, l'action en nullité, morale au même titre que celle en désaveu, compète uniquement à l'époux qui a été victime de la violence ou de l'erreur et s'éteint à son décès, même si celui-ci

survient pendant l'instance. Le divorce et la séparation de corps offrent un autre exemple de l'incohérence que nous signalons. Le procès intenté du vivant des époux ne peut même pas être continué après le décès de l'un d'eux. Le code n'a pas fait la théorie des questions d'état. Au lieu de poser des règles générales sur cette matière, il a formulé des décisions partielles chaque fois qu'il se trouvait en présence d'une action d'état, faisant celle-ci tantôt transmissible, tantôt intransmissible, d'où l'illogisme de son œuvre.

Si maintenant, on laisse de côté ce défaut d'harmonie, les rédacteurs de 1804 devaient choisir entre deux partis à prendre sur la question qui nous occupe : ils pouvaient ou déclarer le désaveu transmissible à tout intéressé après la mort du mari, ou le déclarer totalement éteint après cet événement. Lequel était le meilleur ?

La réponse est embarrassante.

En effet d'une part, lorsque le mari a eu le temps moral nécessaire pour délibérer, il n'y a rien qui puisse justifier la survivance d'un droit qui lui était tout à fait personnel.

Mais d'autre part, si la mort l'a surpris avant ou même quelques jours seulement après la naissance de l'enfant, il pourrait paraître exorbitant et injuste de fermer une action dont l'exercice a été jusque-là impossible.

Néanmoins, étant donnée la situation misérable que nos lois réservent à l'enfant adultérin, nous croyons qu'il serait préférable d'interdire résolument le pouvoir de désavouer à tout individu autre que le mari, parce que c'est lui qui seul est en mesure d'apprécier, en connaissance de cause, s'il est le père, parce qu'aussi il est le seul à comprendre l'étendue de la gravité d'un jugement dont les conséquences déshonorantes retombent sur lui tout le premier. Puisqu'il assume une grande part des responsabilités du désaveu, il n'est pas à craindre qu'il agisse imprudemment et à la légère, comme pourrait le faire un parent collatéral ou un étranger qui, lui, n'est guidé que par des intérêts pécuniaires (1).

Notre manière de penser offre à la critique des armes faciles lorsqu'on suppose un concours de circonstances, rare sans doute, mais qui peut se présenter. Qu'on imagine, en effet, la naissance d'un enfant postérieure à la mort du mari et dont la date implique nécessairement une conception qui est l'œuvre de relations adultérines, parce que le mari était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant tout le temps où elle pouvait s'accomplir.

1. Nous ne songeons pas aux enfants légitimes. La moralité d'une loi qui leur permet de déshonorer leur propre mère est très contestable.

Évidemment il n'y a pas à craindre alors qu'un jugement aboutisse à un scandale inutile et à une erreur fatale, car l'intéressé, quel qu'il soit, jouit dans cette hypothèse d'une appréciation dont la sûreté est égale.

Mais on ignore la détermination que le mari aurait prise, s'il avait vécu. L'enfant avait plus de chances de conserver sa légitimité avec lui qu'avec ses héritiers. Sa position, s'il pouvait encore être désavoué serait donc pire que s'il était né plus tôt. Dans son intérêt, dans celui de la société surtout qui perdrait peut-être un bon citoyen contre un membre vicieux parce qu'on l'aurait flétri, le désaveu ne doit plus pouvoir l'astreindre : il est une dénégarion de paternité, or toute question de paternité proprement dite disparaît avec le mari.

Cette opinion a en outre pour avantage de conférer au jugement de désaveu une autorité absolue et d'assurer à l'enfant l'unité de son état.

Vu par le président de thèse
SALEILLES

Vu par le Doyen
GLASSON

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD

Jouve et Boyer, imprimeur, 15, rue Racine, Paris.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Les délais légaux concernant la durée des grossesses se calculent de *die ad diem*, et le *dies a quo* n'est pas à comprendre dans les 180 et les 300 jours.

II. — L'enfant conçu avant le mariage et né pendant est légitime et non pas légitimé.

III. — L'enfant conçu après l'absence du mari est légitime si son acte de naissance le désigne comme tel, il est illégitime dans le cas contraire.

IV. — C'est au tribunal qu'il appartient de décider lequel des deux maris est le père de l'enfant qui naît moins de 300 jours après la dissolution du premier mariage et plus de 179 jours après la célébration du nouveau.

V. — L'enfant ne peut pas reporter sa conception au moment qu'il juge le plus favorable à ses intérêts.

VI. — Quand on se prévaut du désaveu de l'art. 313, il n'est pas nécessaire de prouver l'adultère directement et indépendamment des faits propres à justifier la non-paternité du mari.

VII. — On peut encore désavouer pour cause d'impossibilité physique de cohabitation l'enfant conçu avant le mariage et né pendant, bien que le mari ait eu connaissance de la grossesse avant la célébration du mariage.

VIII. — Le tuteur du mari interdit n'a pas qualité pour intenter l'action en désaveu de paternité.

Le mari interdit peut désavouer pendant un intervalle lucide.

IX. — Les héritiers présomptifs du mari absent n'ont pas l'action en désaveu.

X. — Si l'expiration des délais pour agir en désaveu est alléguée par le défendeur, c'est au mari d'établir la date à laquelle il a connu la fraude ou l'époque à laquelle il était de retour sur les lieux de la naissance.

XI. — Les héritiers du mari sont obligés d'attendre pour former leur action que l'enfant vienne à leur rencontre se prévaloir des attributs de sa légitimité prétendue.

XII. — C'est le conseil de famille composé suivant les règles prescrites dans les art. 407 et suiv. qui est seul compétent pour nommer le tuteur *ad hoc* de l'enfant mineur désavouable.

XIII. — Le mari peut désavouer un enfant qui n'a pas de filiation maternelle, avant même que celui-ci n'intente une action en réclamation d'état.

XIV. — L'action qu'il exerce en devançant la réclamation de l'enfant est à proprement parler l'action en désaveu, et par suite est soumise aux limites de causes et de temps prescrites par les art. 312 à 317.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

CHAPITRE I

Présomption : « Pater is est quem nuptiæ demonstrant ».

Section I. — Fondement de la présomption	6
Section II. — Fonctionnement de la présomption	7
Section III. — Mode de computation des délais	9
Section IV. — Enfants auxquels s'applique la présomption :	
« Pater is »	16
1 ^o Enfant conçu pendant le mariage	16
2 ^o Enfant conçu avant le mariage et né pendant	17
Section V. — Enfants auxquels la présomption de paternité est étrangère	25
1 ^o Enfant conçu après la dissolution du mariage	25
2 ^o Enfant conçu après l'absence du mari	26
Section VI. — Conflit de présomptions	31

CHAPITRE II

Action en désaveu.

§ 1. — Causes de désaveu	35
1 ^{re} hypothèse. — L'enfant a été conçu pendant le mariage	35
Impossibilité physique de cohabitation	36
Impossibilité morale de cohabitation	38
Adultère et recel de la naissance	39
Loi du 6 décembre 1850	48
2 ^e hypothèse. — L'enfant a été conçu avant le mariage	51
Fins de non recevoir	52
§ 2. — Qui peut intenter l'action en désaveu	58
Le mari	59
Ses héritiers	82

§ 3. — Délais dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée	87
§ 4. — Contre qui peut-on l'intenter	96
§ 5. — Fins de non recevoir.	100
§ 6. — Compétence. Procédure	105
§ 7. — Effets du jugement de désaveu	107
A. — Autorité de la chose jugée.	107
B. — Effets vis-à-vis de l'enfant désavoué.	117
APPENDICE. — Désaveu de l'enfant dont la filiation maternelle est établie par la preuve testimoniale	119
A. — A qui appartient ce désaveu spécial, dans quel temps et par quels moyens peut-on l'exercer	120
B. — Limites d'application de l'art. 325	124
C. — Effets du jugement intervenu sur le désaveu de l'art. 325	125
D. — Le mari ou ses héritiers peuvent-ils désavouer un enfant qui n'a pas de filiation maternelle.	128

CHAPITRE III

Droit comparé.

§ 1. — Présomption de paternité	134
§ 2. — Action en désaveu	140
A. — Causes de désaveu	141
B. — Qui peut intenter le désaveu	146
C. — Délais	151
D. — Contre qui peut-on agir.	153
E. — Forme du désaveu	154
F. — Fins de non-recevoir.	155
G. — Effets du jugement	156
a. — Autorité de la chose jugée	156
b. — Effets du jugement par rapport à l'enfant	158
CONCLUSION. — CRITIQUE.	161

Jouve et Boyer, Imprimeurs, 15, rue Racine, Paris.
